ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS
Curso de
Direitos
Humanos
100 ANOS
Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Reze e trabalhe, fazendo de conta que esta vida é um dia de capina com sol quente,
que às vezes custa muito a passar, mas sempre passa. E você
ainda pode ter muito pedaço bom de alegria... Cada um tem a sua hora
e a sua vez: você há de ter a sua.

(**João Guimarães Rosa**, "A hora e a vez de Augusto Matraga", in: *Sagarana*, 31. ed.
Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984, p. 356.)

Ao Victor, Daniel e Denise, como tudo que faço e continuarei fazendo.
Boa leitura!

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

A elaboração deste *Curso* é fruto de um lento amadurecimento de minhas pesquisas na área dos direitos humanos. Inicialmente, meus projetos acadêmicos concentraram-se em livros específicos e artigos, além das aulas e orientações diversas na Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado).

Após quase vinte anos de docência universitária (em parte na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde atualmente leciono), percebi que era o momento de produzir aquilo que um Curso deve oferecer: uma *visão geral do docente* sobre a própria disciplina, atualizada e crítica, sem se perder na superficialidade e na mera coleção ou reprodução daquilo que os outros autores já mencionaram.

Este *Curso de Direitos Humanos* tem o propósito de expor, de modo adequado à importância e complexidade da matéria, os principais delineamentos normativos e posições jurisprudenciais da disciplina, para que os leitores possam, depois, aprofundar em um tema específico.

A metodologia que adotei é voltada para o aprendizado e fixação do conhecimento acumulado por intermédio de: (i) exposição do tema, (ii) quadros explicativos ao final de cada capítulo.

O livro está dividido em quatro grandes partes: na **primeira parte**, tratamos dos *aspectos gerais dos direitos humanos,* analisando o conceito, terminologia, fundamentos, classificações e funções, bem com os direitos humanos na história e a proteção nacional e internacional; na **segunda parte**, abordamos criticamente os principais tratados de direitos humanos e os mecanismos de monitoramento; a **terceira parte** analisa o tratamento dos direitos humanos de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, enfocando inclusive a atuação dos órgãos do Poder Executivo (desde a Secretaria de Direitos Humanos até os Conselhos, com análise dos *Programas Nacionais de Direitos Humanos*), Poder Legislativo, Ministério Público (da União e dos Estados) e Defensoria Pública (da União e dos Estados); na **quarta e última parte,** são estudados os direitos e garantias em espécie, com análise minuciosa de mais de quarenta tópicos. No final, há um *anexo,* que contém o estágio das ratificações dos tratados onusianos.

Como as quatro partes e anexos comprovam, este *Curso* é *completo* e abarca a visão *nacional* e *internacional* dos direitos humanos e seus órgãos de proteção, bem como o estudo dos *direitos em espécie,* cujo conteúdo e interpretação tem desafiado os estudantes. Além da teoria, a *prática* não foi esquecida: em todos os direitos em espécie menciono os contornos dos casos concretos apreciados pelos tribunais do País.

Além de completo, este *Curso* pautou-se pela atualidade: as últimas novidades legislativas e jurisprudenciais (em especial, do STF e STJ) foram incluídas nesta edição, inclusive a nova lei sobre os *direitos das pessoas com transtorno do espectro autista* (Lei n. 12.764, de 27-12-2012) e ainda a Lei n. 12.847, de 2-8-2013, que institui o *Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura*.

A atualidade da parte internacional também consta da obra: foram *comentados* os

principais casos da *Corte Interamericana de Direitos Humanos,* cuja jurisprudência tem sido constantemente invocada no Brasil (e exigida dos estudantes), como se vê no caso da *Lei da Anistia* (condenação do Brasil – Caso Gomes Lund, 2010).

Aproveitei, para essa tarefa, tanto a minha *experiência docente* (quase vinte anos no ensino jurídico) quanto a minha *experiência profissional* na área dos direitos humanos. Sou Procurador Regional da República, já tendo sido *Procurador Regional dos Direitos do Cidadão no Estado de São Paulo.* Quis, assim, unir teoria e prática na defesa dos direitos humanos. Exerço, atualmente, a função de *Procurador Regional Eleitoral do Estado de São Paulo,* o maior colégio eleitoral do País e, nessa atuação, luto pela realização de um Direito eleitoral *inclusivo*.

Leciono Direito Internacional e Direitos Humanos na Graduação e Pós-Graduação da *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, minha *alma mater* (USP – Largo São Francisco, CAPES 6) e fui aprovado no meu *Concurso Público de Ingresso* por unanimidade, com todos os votos dos cinco componentes da Banca.

Registro, ainda, que parte importante da minha visão sobre o aprendizado do ensino jurídico foi construída pela experiência pessoal: fui aprovado nos árduos concursos públicos para os cargos de *Procurador da República* (1º lugar *nacional* em todas as provas – preambular, escrita e oral – e 2º lugar *nacional* após o cômputo dos títulos), *Juiz Federal substituto* (4ª Região, 1º lugar) e ainda *Procurador do Estado* (Paraná, 1º lugar).

Para finalizar, agradeço a todos que me incentivaram, ao longo dos anos, a continuar lecionando e escrevendo, em especial aos meus familiares.

Também agradeço profundamente à *Maria Olívia Pessoni Junqueira,* mestranda excepcional da Faculdade de Direito da USP e jovem de talento inequívoco na área jurídica, pelo auxílio na pesquisa e elaboração de quadros sinóticos deste livro.

PARTE I

ASPECTOS BÁSICOS DOS DIREITOS HUMANOS

I.

DIREITOS HUMANOS: CONCEITO, ESTRUTURA E SOCIEDADE INCLUSIVA

1. Conceito e estrutura dos direitos humanos

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.

Não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. As necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos.

Em geral, todo direito exprime a faculdade de *exigir de terceiro*, que pode ser o Estado ou mesmo um particular, determinada *obrigação*. Por isso, os direitos humanos têm estrutura variada, podendo ser: direito-pretensão, direito-liberdade, direito-poder e, finalmente, direito-imunidade, que acarretam *obrigações* do Estado ou de particulares revestidas, respectivamente, na forma de: (i) dever, (ii) ausência de direito, (iii) sujeição e (iv) incompetência, como segue.

O *direito-pretensão* consiste na busca de algo, gerando a contrapartida de outrem do dever de prestar. Nesse sentido, determinada pessoa tem *direito a algo*, se outrem (Estado ou mesmo outro particular) tem o *dever* de realizar uma conduta que não viole esse direito. Assim, nasce o "direito-pretensão", como, por exemplo, o direito à educação fundamental, que gera o dever do Estado de prestá-la gratuitamente (art. 208, I, da CF/88).

O *direito-liberdade* consiste na faculdade de agir que gera a ausência de direito de qualquer outro ente ou pessoa. Assim, uma pessoa tem a liberdade de credo (art. 5º, VI, da CF/88), não possuindo o Estado (ou terceiros) *nenhum direito (ausência de direito)* de exigir que essa pessoa tenha determinada religião.

Por sua vez, o *direito-poder* implica uma relação de poder de uma pessoa de exigir determinada sujeição do Estado ou de outra pessoa. Assim, uma pessoa tem o *poder* de, ao ser presa, requerer a assistência da família e de advogado, o que *sujeita* a autoridade pública a providenciar tais contatos (art. 5º, LXIII, da CF/88).

Finalmente, o *direito-imunidade* consiste na autorização dada por uma norma a uma determinada pessoa, impedindo que outra interfira de qualquer modo. Assim, uma pessoa é *imune* à prisão, a não ser em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar (art. 5º, LVI, da CF/88), o que impede que outros agentes públicos

(como, por exemplo, agentes policiais) possam alterar a posição da pessoa em relação à prisão.

2. Conteúdo e cumprimento dos direitos humanos: rumo a uma sociedade inclusiva

Os direitos humanos representam *valores essenciais,* que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais. A *fundamentalidade* dos direitos humanos pode ser *formal,* por meio da inscrição desses direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, ou pode ser *material,* sendo considerado parte integrante dos direitos humanos aquele que – mesmo não expresso – é indispensável para a promoção da dignidade humana.

Apesar das diferenças em relação ao conteúdo, os direitos humanos têm em comum quatro ideias-chaves ou marcas distintivas: *universalidade, essencialidade, superioridade normativa (preferenciabilidade) e reciprocidade.*

A *universalidade* consiste no reconhecimento de que os direitos humanos são direitos de todos, combatendo a visão estamental de privilégios de uma casta de seres superiores. Por sua vez, a *essencialidade* implica que os direitos humanos apresentam valores indispensáveis e que todos devem protegê-los. Além disso, os direitos humanos são *superiores* a demais normas, não se admitindo o sacrifício de um direito essencial para atender as "razões de Estado"; logo, os direitos humanos representam *preferências* preestabelecidas que, diante de outras normas, devem prevalecer. Finalmente, a reciprocidade é fruto da teia de direitos que une toda a comunidade humana, tanto na *titularidade* (são direitos de todos) quanto na *sujeição passiva*: não há só o estabelecimento de deveres de proteção de direitos ao Estado e seus agentes públicos, mas também à coletividade como um todo. Essas quatro ideias tornam os direitos humanos como vetores de uma sociedade humana pautada na *igualdade e na ponderação dos interesses de todos* (e não somente de alguns).

Os direitos humanos têm distintas *maneiras de implementação*, do ponto de vista *subjetivo e objetivo.* Do ponto de vista *subjetivo,* a realização dos direitos humanos pode ser da incumbência do Estado ou de um particular (eficácia horizontal dos direitos humanos, como veremos) ou de ambos, como ocorre com o direito ao meio ambiente (art. 225 da CF/88, que prevê que a proteção ambiental incumbe ao Estado e à coletividade). Do ponto de vista *objetivo,* a conduta exigida para o cumprimento dos direitos humanos pode ser *ativa* (comissiva*,* realizar determinada ação) ou *passiva* (*omissiva,* abster-se de realizar). Há ainda a combinação das duas condutas: o direito à vida acarreta tanto a conduta omissiva quanto comissiva por parte dos agentes públicos: de um lado, devem se abster de matar (sem justa causa) e, de outro, tem o dever de proteção (de ação) para impedir que outrem viole a vida.

Uma sociedade pautada na defesa de direitos (sociedade inclusiva) tem várias consequências. A primeira é o reconhecimento de que o primeiro direito de todo indivíduo é *o direito a ter direitos.* Arendt e, no Brasil, Lafer sustentam que o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos[1]. No Brasil, o STF adotou essa linha ao decidir que "direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de

viabilização dos demais direitos e liberdades" (ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-2005, Plenário, *DJE* de 19-9-2008).

Uma segunda consequência é o reconhecimento de que os direitos de um indivíduo *convivem* com os direitos de outros. O reconhecimento de um *rol amplo e aberto* (sempre é possível a descoberta de um novo direito humano) de direitos humanos exige ponderação e eventual *sopesamento dos valores envolvidos*. O mundo dos direitos humanos é o mundo dos conflitos entre direitos, com estabelecimento de *limites, preferências e prevalências.* Basta a menção a disputas envolvendo o direito à vida e os direitos reprodutivos da mulher (aborto), direito de propriedade e direito ao meio ambiente equilibrado, liberdade de informação jornalística e direito à vida privada, entre outras inúmeras *colisões de direitos.*

Por isso, *não há automatismo* no mundo da sociedade de direitos. Não basta anunciar um direito para que o dever de proteção incida mecanicamente. Pelo contrário, é possível o *conflito* e *colisão entre direitos,* a exigir sopesamento e preferência entre os valores envolvidos. Por isso, nasce a necessidade de compreendermos como é feita a convivência direitos humanos em uma sociedade de direitos, nos quais os direitos de diferentes conteúdos interagem. Essa atividade de ponderação é exercida cotidianamente pelos órgãos judiciais nacionais e internacionais de direitos humanos.

QUADRO SINÓTICO

Conceito e o novo "direito a ter direitos"	
Conceito de direitos humanos	Conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade.
Estrutura dos direitos humanos	• Direito-pretensão • direito-liberdade • direito-poder • direito-imunidade
Maneiras de cumprimento dos direitos humanos	• Ponto de vista subjetivo: • incumbência do Estado • incumbência de particular • incumbência de ambos • Ponto de vista objetivo: • conduta ativa • conduta passiva
Conteúdo dos direitos humanos	Representam valores essenciais, explícita ou implicitamente retratados nas Constituições ou tratados internacionais.
Fundamentalidade	• Formal (inscrição dos direitos nas Constituições ou tratados) • Material (direito considerado indispensável para a promoção da dignidade humana)

Marcas distintivas dos direitos humanos	• Universalidade (direitos de todos); • Essencialidade (valores indispensáveis que devem ser protegidos por todos); • Superioridade normativa ou preferenciabilidade (superioridade com relação às demais normas); • Reciprocidade (são direitos de todos e não sujeitam apenas o Estado e os agentes públicos, mas toda a coletividade).
Consequências de uma sociedade pautada na defesa de direitos	• Reconhecimento do direito a ter direitos; • Reconhecimento de que os direitos de um indivíduo convivem com os direitos de outros – o conflito e a colisão de direitos implicam a necessidade de estabelecimento de limites, preferências e prevalências.

1 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

II.

OS DIREITOS HUMANOS NA HISTÓRIA

1. Direitos humanos: faz sentido o estudo das fases precursoras?

Não há um ponto exato que delimite o nascimento de uma disciplina jurídica. Pelo contrário, há um *processo que desemboca na consagração de diplomas normativos, com princípios e regras que dimensionam o novo ramo do Direito*. No caso dos direitos humanos, o seu cerne é a luta contra a opressão e busca do bem-estar do indivíduo; consequentemente, suas "ideias-âncoras" são referentes à justiça, igualdade e liberdade, cujo conteúdo impregna a vida social desde o surgimento das primeiras comunidades humanas. Nesse sentido amplo, de *impregnação de valores*, podemos dizer que a evolução histórica dos direitos humanos passou por fases que, ao longo dos séculos, auxiliaram a sedimentar o conceito e o regime jurídico desses direitos essenciais. A contar dos primeiros escritos das comunidades humanas ainda no século VIII a.C. até o século XX d.C., são mais de vinte e oito séculos rumo à afirmação universal dos direitos humanos, que tem como marco a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Assim, para melhor compreender a atualidade da "era dos direitos", incursionamos pelo passado, mostrando a contribuição das mais diversas culturas à formação do atual quadro normativo referente aos direitos humanos.

Porém, não se pode medir épocas distantes da história da humanidade com a régua do presente. Essas diversas fases conviveram, em sua época respectiva, com institutos ou posicionamentos que hoje são repudiados, como a escravidão, a perseguição religiosa, a exclusão das minorias, a submissão da mulher, a discriminação contra as pessoas com deficiências de todos os tipos, a autocracia e outras formas de organização do poder e da sociedade *ofensivas* ao entendimento atual da proteção de direitos humanos.

Por isso, devemos ser cautelosos no estudo de códigos ou diplomas normativos do início da fase escrita da humanidade, ou de considerações de renomados filósofos da Antiguidade, bem como na análise das tradições religiosas, que fizeram remissão ao papel do indivíduo na sociedade, mesmo que parte da doutrina se esforce em tentar convencer que a proteção de direitos humanos sempre existiu.

Na realidade, a universalização dos direitos humanos é uma obra ainda inacabada, mas que tem como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, não fazendo sentido transpor para eras longínquas o entendimento atual sobre os direitos humanos e seu regime jurídico.

Contudo, o estudo do passado – mesmo as raízes mais longínquas – é indispensável para detectar as regras que já existiram em diversos sistemas jurídicos e que expressaram o respeito a valores relacionados à concepção atual dos direitos humanos.

Para sistematizar o estudo das fases anteriores rumo à consagração dos direitos humanos, usamos a própria Declaração Universal de 1948, para estabelecer os seguintes parâmetros de análise das contribuições do passado à atual teoria geral dos direitos humanos: 1) o indicativo do respeito à dignidade humana e igualdade entre os seres humanos; 2) o reconhecimento de direitos fundado na própria existência humana; 3) o reconhecimento da superioridade normativa mesmo em face do Poder do Estado e, finalmente, 4) o reconhecimento de direitos voltados ao mínimo existencial.

2. A fase pré-Estado Constitucional

2.1. A ANTIGUIDADE ORIENTAL E O ESBOÇO DA CONSTRUÇÃO DE DIREITOS

O primeiro passo rumo à afirmação dos direitos humanos inicia-se já na Antiguidade[1], no período compreendido entre os séculos VIII e II a.C. Para Comparato, vários filósofos trataram de direitos dos indivíduos, influenciando-nos até os dias de hoje: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China e o Dêutero-Isaías em Israel. O ponto em comum entre eles é a adoção de códigos de comportamento baseados no amor e respeito ao outro[2].

Do ponto de vista normativo, há tenuamente o reconhecimento de direitos de indivíduos na codificação de Menes (3100-2850 a.C.), no Antigo Egito. Na Suméria antiga, o Rei Hammurabi da Babilônia editou o *Código de Hammurabi*, que é considerado o primeiro código de normas de condutas, preceituando esboços de direitos dos indivíduos (1792-1750 a.C.), em especial o direito à vida, propriedade, honra, consolidando os costumes e estendendo a lei a todos os súditos do Império. Chama a atenção nesse Código a *Lei do Talião*, que impunha a reciprocidade no trato de ofensas (o ofensor deveria receber a mesma ofensa proferida). Ainda na região da Suméria e Pérsia, Ciro II editou, no século VI a.C., uma declaração de boa governança, hoje exibida no Museu Britânico (o "*Cilindro de Ciro*"), que seguia uma tradição mesopotâmica de auto-elogio dos governantes ao seu modo de reger a vida social. Na China, no século VI e V a.C., *Confúncio* lançou as bases para sua filosofia, com ênfase na defesa do amor aos indivíduos. Já o *budismo* introduziu um código de conduta pelo qual se prega o bem comum e uma sociedade pacífica, sem prejuízo a qualquer ser humano[3].

2.2. A VISÃO GREGA E A DEMOCRACIA ATENIENSE

A herança grega na consolidação dos direitos humanos é expressiva. A começar pelos direitos políticos, a democracia ateniense adotou a participação política dos cidadãos (com diversas exclusões, é claro) que seria, após, aprofundada pela proteção de direitos humanos. O chamado "Século de Péricles" (século V a.C.) testou a democracia direta em Atenas, com a participação dos cidadãos homens da *pólis* grega nas principais escolhas da comunidade. Platão, em sua obra *A República* (400 a.C.), defendeu a igualdade e a noção do bem comum. Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*[4], salientou a importância do agir com justiça, para o bem de

todos da *pólis*, mesmo em face de leis injustas[5].

A Antiguidade grega também estimulou a reflexão sobre a *superioridade de determinadas normas*, mesmo em face da vontade contrária do poder. Nesse sentido, a peça de Sófocles, *Antígona* (421 a.C., parte da chamada Trilogia Tebana), retrata Antígona, a protagonista, e sua luta para enterrar seu irmão Polinice, mesmo contra ordem do tirano da cidade, Creonte, que havia promulgado uma lei proibindo que aqueles que atentassem contra a lei da cidade fossem enterrados. Para Antígona, *não se pode cumprir as leis humanas que se chocarem com as leis divinas*. O confronto de visões entre Antígona e Creonte é um dos pontos altos da peça. Uma das ideias centrais dos direitos humanos, que já é encontrada nessa obra de Sófocles, é a superioridade de determinadas regras de conduta, em especial contra a tirania e injustiça.

Essa "*herança dos gregos*" foi lembrada no voto da Ministra Cármen Lúcia, na ADPF 187, julgada em 15 de julho de 2011: "A Ágora – símbolo maior da democracia grega – era a praça em que os cidadãos atenienses se reuniam para deliberarem sobre os assuntos da *pólis*. A liberdade dos antigos, para usar a conhecida expressão de Benjamin Constant, era justamente a liberdade de 'deliberar em praça pública' sobre os mais diversos assuntos: a guerra e a paz, os tratados com os estrangeiros, votar as leis, pronunciar as sentenças, examinar as contas, os atos, as gestões dos magistrados e tudo o mais que interessava ao povo. A democracia nasceu, portanto, dentro de uma praça" (voto da Ministra Cármen Lúcia, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-6-2011, Plenário, Informativo 631).

2.3. A REPÚBLICA ROMANA

Uma contribuição do direito romano à proteção de direitos humanos foi a sedimentação do *princípio da legalidade*. A Lei das Doze Tábuas, ao estipular a *lex scripta* como regente das condutas, deu um passo na direção da vedação ao arbítrio. Além disso, o direito romano consagrou vários direitos, como o da propriedade, liberdade, personalidade jurídica, entre outros. Um passo foi dado também na direção do reconhecimento da igualdade pela aceitação do *jus gentium,* o direito aplicado a todos, romanos ou não. No plano das ideias, Marco Túlio Cícero retoma a defesa da razão reta *(recta ratio),* salientando, na *República,* que a verdadeira lei é a *lei da razão*, inviolável mesmo em face da vontade do poder. No seu *De legibus* (Sobre as leis, 52 a.C.), Cícero sustentou que, apesar das diferenças (raças, religiões e opiniões), os homens podem permanecer unidos caso adotem o "viver reto", que evitaria causar o mal a outros.

2.4. O ANTIGO E O NOVO TESTAMENTO E AS INFLUÊNCIAS DO CRISTIANISMO E DA IDADE MÉDIA

Entre os hebreus, os cinco livros de Moisés (Torah) apregoam solidariedade e preocupação com o bem-estar de todos (1800-1500 a.C.). No Antigo Testamento, a passagem do Êxodo é clara quanto à necessidade de respeito a todos, em especial aos vulneráveis: "Não afligirás o estrangeiro nem o oprimirás, pois vós mesmos fostes estrangeiros no país do Egito. Não afligireis a nenhuma viúva ou órfão. Se o afligires e ele clamar a mim escutarei o seu clamor; minha ira se ascenderá e vos farei perecer pela espada: vossas mulheres ficarão

viúvas e vossos filhos, órfãos" (Êxodo, 22: 20-26). No Livro dos Provérbios (25: 21-22) do Antigo Testamento, está disposto que "Se teu inimigo tem fome, dá-lhe de comer; se tem sede, dá-lhe de beber: assim amontoas brasas sobre sua cabeça, e Javé te recompensará".

O cristianismo também contribuiu para a disciplina: há vários trechos da Bíblia (Novo Testamento) que pregam a igualdade e solidariedade com o semelhante. A sempre citada passagem de Paulo, na Epístola aos Gálatas, conclama que "Não há judeu nem grego; não há escravo nem livre; não há homem nem mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus" (III, 28). Os filósofos católicos também merecem ser citados, em especial São Tomás de Aquino, que, no seu capítulo sobre o Direito na sua obra *Suma Teológica* (1273), defendeu a igualdade dos seres humanos e aplicação justa da lei. Para a escolástica aquiniana, aquilo que é justo (*id quod justum est*) é aquilo que corresponde a cada ser humano na ordem social, o que reverberará no futuro, em especial na busca da justiça social constante dos diplomas de direitos humanos.

Ao mesmo tempo em que defendeu a igualdade espiritual, o cristianismo conviveu, no passado, com desigualdades jurídicas inconcebíveis para a proteção de direitos humanos, como a escravidão e a servidão de milhões. Novamente, essa análise histórica limita-se a apontar valores que, tênues em seu tempo, contribuíram, ao longo dos séculos, para a afirmação histórica dos direitos humanos.

2.5. RESUMO DA IDEIA DOS DIREITOS HUMANOS NA ANTIGUIDADE: A LIBERDADE DOS ANTIGOS E A LIBERDADE DOS MODERNOS

A síntese mais conhecida da concepção da Antiguidade sobre o indivíduo foi feita por Benjamin Constant, no seu clássico artigo sobre a "liberdade dos antigos" e a "liberdade dos modernos". Para Constant, os antigos viam a liberdade composta pela possibilidade de participar da vida social na cidade; já os modernos (ele se referia aos iluministas do século XVIII e pensadores posteriores do século XIX) entendiam a liberdade como sendo a possibilidade de atuar sem amarras na vida privada. Essa visão de liberdade na Antiguidade resultou na ausência de discussão sobre a limitação do poder do Estado, um dos papéis tradicionais do regime jurídico dos direitos humanos.

As normas que organizam o Estado pré-constitucional não asseguravam ao indivíduo direitos de contenção ao poder estatal. Por isso, na visão de parte da doutrina, não há efetivamente regras de direitos humanos na época pré-Estado Constitucional. Porém, essa importante crítica doutrinária – que deve ser realçada – não elimina a valiosa influência de culturas antigas na afirmação dos direitos humanos. Como já mencionado acima, há costumes e instituições sociais das inúmeras civilizações da Antiguidade que enfatizam o respeito a valores que estão contidos em normas de direitos humanos, como a justiça e igualdade.

QUADRO SINÓTICO

A fase pré-Estado Constitucional	
A Antiguidade Oriental e o esboço da construção de direitos	Antiguidade (no período compreendido entre os séculos VIII e II a.C.): primeiro passo rumo à afirmação dos direitos humanos, com a emergência de vários filósofos de influência até os dias de hoje (Zaratustra, Buda, Confúcio, Dêutero-Isaías), cujo ponto em comum foi a adoção de códigos de comportamento baseados no amor e respeito ao outro. • Antigo Egito: reconhecimento de direitos de indivíduos na codificação de Menes (3100-2850 a.C.). • Suméria antiga: edição do Código de Hammurabi, na Babilônia (1792-1750 a.C.) – primeiro código de normas de condutas, preceituando esboços de direitos dos indivíduos, consolidando os costumes e estendendo a lei a todos os súditos do Império. • Suméria e Pérsia: edição, por Ciro II, no século VI a.C., de uma declaração de boa governança. • China: no século VI e V a.C., Confúncio lançou as bases para sua filosofia, com ênfase na defesa do amor aos indivíduos. • Budismo: introduziu um código de conduta pelo qual se prega o bem comum e uma sociedade pacífica, sem prejuízo a qualquer ser humano. • Islamismo: prescrição da fraternidade e solidariedade aos vulneráveis.
Herança grega na consolidação dos direitos humanos	• Consolidação dos direitos políticos, com a participação política dos cidadãos (com diversas exclusões). • Platão, em sua obra *A República* (400 a.C.), defendeu a igualdade e a noção do bem comum. • Aristóteles, na *Ética a Nicômaco,* salientou a importância do agir com justiça, para o bem de todos da *pólis*, mesmo em face de leis injustas. • Reflexão sobre a superioridade normativa de determinadas normas, mesmo em face da vontade do poder.

A República Romana	• Contribuição na sedimentação do princípio da legalidade. • Consagração de vários direitos, como propriedade, liberdade, personalidade jurídica, entre outros. • Reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos, em especial pela aceitação do *jus gentium,* o direito aplicado a todos, romanos ou não. • Marco Túlio Cícero retoma a defesa da *razão reta (recta ratio),* salientando, na *República,* que a verdadeira lei é a lei da razão, inviolável mesmo em face da vontade do poder.
O Antigo e o Novo Testamento e as influências do cristianismo e da Idade Média	• Cinco livros de Moisés (Torah): apregoam solidariedade e preocupação com o bem-estar de todos (1800-1500 a.C.). • Antigo Testamento: faz menção à necessidade de respeito a todos, em especial aos vulneráveis. • Cristianismo contribuiu para a disciplina: há vários trechos da Bíblia (Novo Testamento) que pregam a igualdade e solidariedade com o semelhante. • Filósofos católicos também merecem ser citados, em especial São Tomás de Aquino.

3. A crise da Idade Média, início da Idade Moderna e os primeiros diplomas de direitos humanos

Na Idade Média europeia, o poder dos governantes era ilimitado, pois era fundado na vontade divina. Contudo, mesmo nessa época de autocracia, surgem os primeiros movimentos de reivindicação de liberdades a determinados estamentos, como a *Declaração das Cortes de Leão* adotada na Península Ibérica em 1188 e ainda a *Magna Carta* inglesa de 1215. A Declaração de Leão consistiu em manifestação que consagrou a luta dos senhores feudais contra a centralização e o nascimento futuro do Estado Nacional. Por sua vez, a *Magna Carta* consistiu em um diploma que continha um ingrediente – ainda faltante – essencial ao futuro regime jurídico dos direitos humanos: o catálogo de direitos dos indivíduos *contra* o Estado. Redigida em latim, em 1215, – o que explicita o seu caráter elitista – a *Magna Charta Libertatum* consistia em disposições de proteção ao Baronato inglês, contra os abusos do monarca João Sem Terra (João da Inglaterra). Depois do reinado de João Sem Terra, a Carta Magna foi confirmada várias vezes pelos monarcas posteriores. Apesar de seu foco nos direitos da elite fundiária da Inglaterra, a Magna Carta traz em seu bojo a ideia de governo representativo e ainda direitos que, séculos depois, seriam universalizados, atingindo todos os indivíduos, entre eles o direito de ir e vir em situação de paz, direito de ser julgado pelos seus pares (*vide* Parte IV, item 23.4 sobre o Tribunal do Júri), acesso à justiça e proporcionalidade entre o crime e a pena.

Com o Renascimento e a Reforma Protestante, a crise da Idade Média deu lugar ao

surgimento dos Estados Nacionais absolutistas europeus. A sociedade estamental medieval foi substituída pela forte centralização do poder na figura do rei. Paradoxalmente, com a erosão da importância dos estamentos (Igreja e senhores feudais), surge à igualdade de todos submetidos ao poder absoluto do rei. Só que essa igualdade não protegeu os súditos da opressão e violência. O exemplo maior dessa época de violência e desrespeito aos direitos humanos foi o extermínio de milhões de indígenas nas Américas, apenas algumas décadas após a chegada de Colombo na ilha de São Domingo (1492). Não que não houvesse reação contrária ao massacre. Houve célebre polêmica na metade do século XVI (1550-1551) na Espanha (então grande senhora dos domínios no Novo Mundo) entre o Frei Bartolomeu de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda, então teólogo e jurista do próprio rei espanhol. Las Casas merece ser citado como um dos notáveis defensores da dignidade de todos os povos indígenas, contrariando a posição de Sepúlveda, que os via como inferiores e desprovidos de direitos. Na sua réplica final nesse debate doutrinário da época, Las Casas condenou duramente o genocídio indígena afirmando que "Os índios são nossos irmãos, pelos quais Cristo deu sua vida. Por que os perseguimos sem que tenham merecido tal coisa, com desumana crueldade? O passado, e o que deixou de ser feito, não tem remédio; seja atribuído à nossa fraqueza sempre que for feita a restituição dos bens impiamente arrebatados"[6].

No século XVII, o Estado Absolutista foi questionado, em especial na Inglaterra. A busca pela limitação do poder, já incipiente na *Magna Carta,* é consagrada na *Petition of Right* de 1628, pela qual novamente o baronato inglês, representado pelo Parlamento, estabelece o dever do Rei de não cobrar impostos sem a autorização do Parlamento (*no taxation without representation*), bem como se reafirma que "nenhum homem livre podia ser detido ou preso ou privado dos seus bens, das suas liberdades e franquias, ou posto fora da lei e exilado ou de qualquer modo molestado, a não ser por virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país". Essa exigência – lei da terra – consiste em parte importante do *devido processo legal* a ser implementado posteriormente.

Ainda no século XVII, há a edição do *Habeas Corpus Act* (1679), que formalizou o mandado de proteção judicial aos que haviam sido injustamente presos, existente até então somente no direito consuetudinário inglês (*common law*). No seu texto, havia ainda a previsão do dever de entrega do "mandado de captura" ao preso ou seu representante, representando mais um passo para banir as *detenções arbitrárias* (ainda um dos grandes problemas mundiais de direitos humanos no século XXI).

Ainda na Inglaterra, em 1689, após a chamada Revolução Gloriosa, com a abdicação do Rei autocrático Jaime II e com a coroação do Príncipe de Orange, Guilherme III, é editada a "Declaração Inglesa de Direitos", a "Bill of Rights" (1689), pela qual o poder autocrático dos reis ingleses é reduzido de forma definitiva. Não é uma declaração de direitos extensa, pois dela consta, basicamente, a afirmação da vontade da lei sobre a vontade absolutista do rei. Entre seus pontos, estabelece-se "que é ilegal o pretendido poder de suspender leis, ou a execução de leis, pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento"; "que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento" e que "a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento".

Em continuidade ao já decidido na Revolução Gloriosa, foi aprovado em 1701 o *Act of Settlement,* que serviu tanto para fixar de vez a linha de sucessão da coroa inglesa (banindo os católicos romanos da linha do trono e exigindo dos reis britânicos o vínculo com a Igreja Anglicana), quanto para reafirmar o *poder do Parlamento e a necessidade do respeito da vontade da lei*, resguardando-se os direitos dos súditos contra a volta da tirania dos monarcas.

QUADRO SINÓTICO

a crise da idade média, início da Idade Moderna e os primeiros diplomas de direitos humanos
• Idade Média: poder dos governantes era ilimitado, pois era fundado na vontade divina. • Surgimento dos primeiros movimentos de reivindicação de liberdades a determinados estamentos, como a Declaração das Cortes de Leão adotada na Península Ibérica em 1188 e a *Magna Carta* inglesa de 1215. • Renascimento e Reforma Protestante: crise da Idade Média deu lugar ao surgimento dos Estados Nacionais absolutistas e a sociedade estamental medieval foi substituída pela forte centralização do poder na figura do rei. • Com a erosão da importância dos estamentos (Igreja e senhores feudais), surge a ideia de igualdade de todos submetidos ao poder absoluto do rei, o que não excluiu a opressão e a violência, como o extermínio perpetrado contra os indígenas na América. • Século XVII: o Estado Absolutista foi questionado, em especial na Inglaterra. A busca pela limitação do poder é consagrada na *Petition of Rights* de 1628. A edição do *Habeas Corpus Act* (1679) formaliza o mandado de proteção judicial aos que haviam sido injustamente presos, existente tão somente no direito consuetudinário inglês (*common law*). • 1689 (após a Revolução Gloriosa): edição da “Declaração Inglesa de Direitos”, a “Bill of Rights” (1689), pela qual o poder autocrático dos reis ingleses é reduzido de forma definitiva. • 1701: aprovação do *Act of Settlement,* que enfim fixou a linha de sucessão da coroa inglesa, reafirmou o poder do Parlamento e da vontade da lei, resguardando-se os direitos dos súditos contra a volta da tirania dos monarcas.

4. O debate das ideias: Hobbes, Grócio, Locke, Rousseau e os iluministas

No campo das ideias políticas, Thomas Hobbes defendeu, em sua obra *Leviatã* (1651), em especial no Capítulo XIV, que o primeiro direito do ser humano consistia no direito de usar seu próprio poder livremente, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida. É um dos primeiros textos que trata claramente do *direito do ser humano*, pleno somente no *estado da natureza*. Nesse estado, o homem é livre de quaisquer restrições e não se submete a qualquer poder. Contudo, Hobbes conduz sua análise para a seguinte conclusão: para sobreviver ao estado da natureza, no qual todos estão em confronto (o homem seria o

lobo do próprio homem), *o ser humano abdica dessa liberdade inicial e se submete ao poder do Estado (o Leviatã).* A razão para a existência do Estado consiste na necessidade de se dar segurança ao indivíduo, diante das ameaças de seus semelhantes. Com base nessa espécie de contrato entre o homem e o Estado, justifica-se a antítese dos direitos humanos, que é a *existência do Estado que tudo pode*. Hobbes admite, ainda, que eventualmente o Soberano (identificado como o Estado) pode outorgar parcelas de liberdade aos indivíduos, desde que queira. Em síntese, os indivíduos não possuiriam qualquer proteção contra o poder do Estado. É claro que essa visão de Hobbes, em que pese a proclamação de um *direito pleno no estado da natureza*, o distancia da proteção atual de direitos humanos.

No mesmo século XVII, outros autores defenderam a existência de direitos para além do estado da natureza de Hobbes. Em primeiro lugar, Hugo Grócio, considerado um dos pais fundadores do Direito Internacional, fez interessante debate sobre o direito natural e os direitos de todos os seres humanos. No seu livro *O direito da guerra e da paz* (1625), Grócio defendeu a existência do direito natural, de cunho racionalista – mesmo sem Deus, ousou dizer em pleno século XVII –, reconhecendo, assim, que suas normas decorrem de princípios inerentes ao ser humano. Assim, é dada mais uma contribuição – de marca jusnaturalista – ao arcabouço dos direitos humanos, em especial no que tange ao *reconhecimento de normas inerentes à condição humana.*

Por sua vez, a contribuição de John Locke é essencial, pois defendeu o direito dos indivíduos mesmo contra o Estado, um dos pilares do contemporâneo regime dos direitos humanos. Para Locke, em sua obra *Segundo tratado sobre o governo civil* (1689[7]), o objetivo do governo em uma sociedade humana é *salvaguardar os direitos naturais do homem*, existentes desde o estado da natureza. Os homens, então, decidem livremente deixar o estado da natureza justamente para que o Estado preserve os seus direitos existentes. Diferentemente de Hobbes, não é necessário que o governo seja autocrático. Pelo contrário, para Locke, o grande e principal objetivo das sociedades políticas sob a tutela de um determinado governo é a preservação dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Logo, o governo não pode ser arbitrário e deve seu poder ser limitado pela supremacia do bem público. Nesse sentido, os governados teriam o direito de se insurgir contra o governante que deixasse de proteger esses direitos. Além disso, Locke foi um dos pioneiros na defesa da divisão das funções do Poder, tendo escrito que "como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo"[8]. Locke sustentou a existência do Poder Legislativo (na sua visão, o mais importante, por representar a sociedade), Executivo e Federativo, este último vinculado às atividades de guerra e paz (política externa). Quanto ao Judiciário, Locke considerou-o parte do Poder Executivo, na sua função de executar as leis. Em síntese, Locke é um expoente do liberalismo emergente, tendo *suas ideias influenciado o movimento de implantação do Estado Constitucional* (com separação das funções do poder e direitos dos indivíduos) em vários países.

As ideias de Locke reverberaram especialmente no século XVIII, com a consolidação da burguesia em vários países europeus. O Estado Absolutista, que havia comandado as grandes navegações e o auge do capitalismo comercial, era, naquele momento, um entrave para o desenvolvimento futuro do capitalismo europeu, que ansiava por segurança jurídica e limites à ação autocrática (e com isso imprevisível) do poder.

Na França, o reformista Abbé Charles de Saint-Pierre defendeu, em seu livro *Projeto de paz perpétua* (1713), o fim das guerras europeias e o estabelecimento de mecanismos pacíficos para superar as controvérsias entre os Estados em uma percursora ideia de federação mundial.

Surgiu, então, o *Do contrato social* (1762) de Jean-Jacques Rousseau, que defendeu uma vida em sociedade baseada em um contrato (o pacto social) entre *homens livres e iguais*, que estruturam o Estado para zelar pelo bem-estar da maioria. A igualdade e a liberdade são inerentes ao seres humanos, que, com isso, são aptos a expressar sua vontade e exercer o poder. A pretensa renúncia à liberdade e igualdade pelos homens nos Estados autocráticos (base do pensamento de Hobbes) é inadmissível para Rousseau, uma vez que tal *renúncia* seria *incompatível com a natureza humana*.

Para Rousseau, portanto, um governo arbitrário e liberticida não poderia sequer alegar que teria sido aceito pela população, pois a renúncia à liberdade seria o mesmo que renunciar à natureza humana. A *inalienabilidade* dos direitos humanos encontra já eco em Rousseau, que, consequentemente, combate a escravidão (aceita por Grócio e Locke, por exemplo). Quanto à organização do Estado, Rousseau sustentou que os governos devem representar a vontade da maioria, respeitando ainda os valores da vontade geral, contribuindo para a consolidação tanto da democracia representativa quanto da possibilidade de supremacia da vontade geral em face de violações de direitos oriundas de paixões de momento da maioria. As ideias de Rousseau estão inseridas no movimento denominado Iluminismo (tradução da palavra alemã *Aufklärung*; o século XVIII seria o “século das luzes”), no qual autores como Voltaire, Diderot e D´Alembert, entre outros, defendiam o uso da razão para dirigir a sociedade em todos os aspectos[9], questionando o absolutismo e o viés religioso do poder (o rei como filho de Deus) tidos como irracionais.

Por sua vez, Cesare Beccaria defendeu ideias essenciais para os direitos humanos em uma área crítica: o Direito Penal. Em sua obra *Dos delitos e das penas* (1766), Beccaria sustentou a existência de limites para a ação do Estado na repressão penal, balizando o *jus puniendi* com influência até os dias de hoje.

Kant, no final do século XVII (1785[10]), defendeu a *existência da dignidade intrínseca a todo ser racional*, que *não tem preço ou equivalente*. Justamente em virtude dessa dignidade, não se pode tratar o ser humano como um meio, mas sim como um *fim* em si mesmo. Esse conceito kantiano do valor superior e sem equivalente da dignidade humana será, depois, retomado no regime jurídico dos direitos humanos contemporâneos, em especial no que tange à indisponibilidade e à proibição de tratamento do homem como objeto.

QUADRO SINÓTICO

O debate das ideias: Hobbes, Grócio, Locke, Rousseau e os iluministas
• Thomas Hobbes (*Leviatã* – 1651): é um dos primeiros textos que versa claramente sobre o direito do ser humano, que é ainda tratado como sendo pleno no estado da natureza. Mas Hobbes conclui que o ser humano abdica de sua liberdade inicial e se submete ao poder do Estado (o Leviatã), cuja existência justifica-se pela necessidade de se dar segurança ao indivíduo, diante das ameaças de seus semelhantes. Entretanto, os indivíduos não possuiriam qualquer proteção contra o poder do Estado. • Hugo Grócio (*Da guerra e da paz* – 1625): defendeu a existência do direito natural, de cunho racionalista, reconhecendo, assim, que suas normas decorrem de "princípios inerentes ao ser humano". • John Locke (*Tratado sobre o governo civil* – 1689): defendeu o direito dos indivíduos mesmo contra o Estado, um dos pilares do contemporâneo regime dos direitos humanos. O grande e principal objetivo das sociedades políticas sob a tutela de um determinado governo é a preservação dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Logo, o governo não pode ser arbitrário e deve seu poder ser limitado pela supremacia do bem público. • Abbé Charles de Saint-Pierre (*Projeto de paz perpétua* – 1713): defendeu o fim das guerras europeias e o estabelecimento de mecanismos pacíficos para superar as controvérsias entre os Estados em uma precursora ideia de federação mundial. • Jean-Jacques Rousseau (*Do contrato social* – 1762): prega que a vida em sociedade é baseada em um contrato (o pacto social) entre homens livres e iguais (qualidades inerentes aos seres humanos), que estruturam o Estado para zelar pelo bem-estar da maioria. Um governo arbitrário e liberticida não poderia sequer alegar que teria sido aceito pela população, pois a renúncia à liberdade seria o mesmo que renunciar à natureza humana, sendo inadmissível. • Cesare Beccaria (*Dos delitos e das penas* – 1766): sustentou a existência de limites para a ação do Estado na repressão penal, balizando os limites do *jus puniendi* que reverberam até hoje. • Kant (*Fundamentação da metafísica dos costumes* – 1785): defendeu a existência da dignidade intrínseca a todo ser racional, que não tem preço ou equivalente. Justamente em virtude dessa dignidade, não se pode tratar o ser humano como um meio, mas sim como um fim em si mesmo.

5. A fase do constitucionalismo liberal e das declarações de direitos

As revoluções liberais, inglesa, americana e francesa, e suas respectivas Declarações de Direitos marcaram a primeira clara afirmação histórica dos direitos humanos.

A chamada "Revolução Inglesa" foi a mais precoce (ver acima), pois tem como marcos a *Petition of Right*, de 1628 e o *Bill of Rights*, de 1689, que consagraram a supremacia do Parlamento e o império da lei.

Por sua vez, a "Revolução Americana" retrata o processo de independência das colônias britânicas na América do Norte, culminado em 1776, e a criação da primeira Constituição do mundo, a Constituição norte-americana de 1787. Várias causas concorreram para a

independência norte-americana, sendo a defesa das liberdades públicas contra o absolutismo do rei uma das mais importantes, o que legitimou a emancipação.

Nesse sentido, foi editada a "*Declaração do Bom Povo de Virgínia*" em 12 de junho de 1776 (pouco menos de um mês da declaração de independência, em 4 de julho): composta por 18 artigos, que contém afirmações típicas da promoção de direitos humanos com viés jusnaturalista, como, por exemplo, "todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes" (artigo I) e ainda "todo poder é inerente ao povo e, consequentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis" (artigo II). A Declaração de Independência dos Estados Unidos de 4 de julho de 1776 (escrita em grande parte por Thomas Jefferson) estipulou, já no seu início, que "todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Que para garantir estes Direitos, são instituídos Governos entre os Homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados", marcando o direito político de autodeterminação dos seres humanos, governados a partir de sua livre escolha.

Curiosamente, a *Constituição norte-americana de 1787 não possuía um rol de direitos*, uma vez que vários representantes na Convenção de Filadélfia (que editou a Constituição) temiam introduzir direitos humanos em uma Constituição que organizaria a esfera federal, o que permitiria a consequente federalização de várias facetas da vida social. Somente em 1791, esse receio foi afastado e foram aprovadas 10 Emendas que, finalmente, introduziram um rol de direitos na Constituição norte-americana.

Já a "Revolução Francesa" gerou um marco para a proteção de direitos humanos no plano nacional: a *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão*, adotada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa em 27 de agosto de 1789. A Declaração Francesa é fruto de um *giro copernicano nas relações sociais na França* e, logo depois, em vários países. O Estado francês pré-Revolução era ineficiente, caro e incapaz de organizar minimamente a economia de modo a atender as necessidades de uma população cada vez maior. As elites religiosas e da nobreza também se mostraram insensíveis a qualquer alteração do *status quo* capitaneada pela monarquia. Esse impasse político na cúpula dirigente associado à crescente insatisfação popular foi o caldo de cultura para a ruptura, que se iniciou na autoproclamação de uma "Assembleia Nacional Constituinte", em junho de 1789, pelos representantes dos Estados Gerais (instituição representativa dos três estamentos da França pré-revolução: nobreza, clero e um "terceiro estado" que aglomerava a grande e pequena burguesia, bem como a camada urbana sem posses). Em 12 de julho de 1789, iniciaram-se os motins populares em Paris (capital da França), que culminaram, em *14 de julho de 1789*, na tomada da Bastilha (prisão quase desativada), cuja queda é, até hoje, o símbolo maior da Revolução Francesa.

Em 27 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte adotou a "Declaração Francesa dos Direitos do Homem e dos Povos", que consagrou a igualdade e liberdade como direitos inatos a todos os indivíduos. O impacto na época foi imenso: aboliram-se os privilégios, direitos feudais e imunidades de várias castas, em especial da aristocracia de terras. O lema dos agora revolucionários era de clareza evidente: "liberdade, igualdade e

fraternidade” (“*liberté, egalité et fraternité”*).

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou os direitos humanos a partir de uma premissa que permeará os diplomas futuros: *todos os homens nascem livres e com direitos iguais*. Há uma clara *influência jusnaturalista*, pois, já no seu início, a Declaração menciona “os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”. São apenas *dezessete* artigos, que acabaram sendo adotados como preâmbulo da Constituição francesa de 1791 e que condensam várias ideias depois esmiuçadas pelas Constituições e tratados de direitos humanos posteriores, como, por exemplo: soberania popular, sistema de governo representativo, igualdade de todos perante a lei, presunção de inocência, direito à propriedade, à segurança, liberdade de consciência, de opinião, de pensamento, bem como o dever do Estado Constitucional de garantir os direitos humanos. Esse *dever de garantia* ficou expresso no sempre lembrado artigo 16 da Declaração, que dispõe: “Toda sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

Também é importante marco para o desenvolvimento futuro dos direitos humanos o *projeto de Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*, de 1791, proposto por Olympe de Gouges, que reivindicou a *igualdade de direitos de gênero*. Ainda em 1791 foi editada a primeira Constituição da França revolucionária, que consagrou a perda dos direitos absolutos do monarca francês, implantando-se uma monarquia constitucional, mas, ao mesmo tempo, reconheceu o voto censitário. Em 1791, o Rei Luís XVI tentou fugir para reunir-se a monarquias absolutistas que já ensaiavam intervir no processo revolucionário francês. Após a invasão da França e derrota dos exércitos austro-prussianos, os revolucionários franceses decidem executar o Rei Luís XVI e sua mulher, a Rainha Maria Antonieta (1793).

Esse contexto de constante luta dos revolucionários com os exércitos das monarquias absolutistas europeias impulsionou a Revolução Francesa para além *das fronteiras daquele país*, uma vez que os revolucionários temiam que as intervenções estrangeiras não cessariam até a derrota dos demais Estados autocráticos. Esse *desejo de espalhar* os ideais revolucionários *distinguiu* a Revolução Francesa das anteriores revoluções liberais (inglesa e americana, mais interessadas na organização da sociedade local), o que consagrou a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão como sendo a *primeira com vocação universal*.

Esse universalismo será o grande alicerce da futura afirmação dos direitos humanos no século XX, com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

QUADRO SINÓTICO

A fase do constitucionalismo liberal e das declarações de direitos

- As revoluções liberais, inglesa, americana e francesa, e suas respectivas Declarações de Direitos marcaram a primeira afirmação histórica dos direitos humanos.
- "Revolução Inglesa": teve como marcos a *Petition of Rights*, de 1628, que buscou garantir determinadas liberdades individuais, e o *Bill of Rights*, de 1689, que consagrou a supremacia do Parlamento e o império da lei.
- "Revolução Americana": retrata o processo de independência das colônias britânicas na América do Norte, culminado em 1776, e ainda a criação da Constituição norte-americana de 1787. Somente em 1791 foram aprovadas 10 Emendas que, finalmente, introduziram um rol de direitos na Constituição norte-americana.
- "Revolução Francesa": adoção da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Assembleia Nacional Constituinte francesa, em 27 de agosto de 1789, que consagra a igualdade e liberdade, que levou à abolição de privilégios, direitos feudais e imunidades de várias castas, em especial da aristocracia de terras. Lema dos revolucionários: "liberdade, igualdade e fraternidade" ("*liberté, egalité et fraternité*").
- Projeto de Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã: de 1791, proposto por Olympe de Gouges, reivindicou a igualdade de direitos de gênero.
- 1791: edição da primeira Constituição da França revolucionária, que consagrou a perda dos direitos absolutos do monarca francês, implantando-se uma monarquia constitucional, mas, ao mesmo tempo, reconheceu o voto censitário.
- Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrada como sendo a primeira com vocação universal. Esse universalismo será o grande alicerce da futura afirmação dos direitos humanos no século XX, com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

6. A fase do socialismo e do constitucionalismo social

No final do século XVIII, os jacobinos franceses defendiam a ampliação do rol de direitos da Declaração Francesa para *abarcar também os direitos sociais*, como o direito à educação e assistência social. Em 1793, os revolucionários franceses editaram uma nova "Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão", redigida com forte apelo à igualdade, com reconhecimento de direitos sociais como o direito à educação.

Essa percepção da necessidade de condições materiais mínimas de sobrevivência foi ampliada pela persistência da miséria, mesmo depois da implantação dos Estados Constitucionais liberais, como na Inglaterra e na França pós-revolucionária. Surgem, na Europa do século XIX, os *movimentos socialistas* que ganham apoio popular nos seus ataques ao modo de produção capitalista.

Proudhon, socialista francês, fez apelo inflamado à rejeição do direito de propriedade privada, que considerou um "roubo", em seu livro de 1840, "*O que é a propriedade*". Karl Marx, na obra *A questão judaica* (1843), questionou os fundamentos liberais da Declaração Francesa de 1789, defendendo que o homem não é um ser abstrato, isolado das engrenagens sociais. Para Marx, os direitos humanos até então defendidos eram focados no indivíduo voltado para si mesmo, para atender seu interesse particular egoístico dissociado da

comunidade. Assim, não seria possível defender direitos individuais em uma realidade na qual os trabalhadores – em especial na indústria europeia – eram fortemente explorados. Em 1848, Marx e Engels publicam o *Manifesto do Partido Comunista*, no qual são defendidas novas formas de organização social, de modo a atingir o *comunismo*, forma de organização social na qual seria dado *a cada um segundo a sua necessidade e exigido de cada um segundo a sua possibilidade*. As teses socialistas atingiram também a igualdade de gênero: August Bebel defendeu, em 1883, que, na nova sociedade socialista, a mulher seria totalmente independente, tanto social quanto economicamente (“A mulher e o socialismo”, 1883[11]).

São inúmeras as influências da ascensão das ideias socialistas no século XIX. No plano político, houve várias revoluções malsucedidas, até o êxito da Revolução Russa em 1917, que, pelo seu impacto (foi realizada no maior país do mundo em termos geográficos), estimulou novos avanços na defesa da igualdade e justiça social.

No plano do constitucionalismo, houve a *introdução dos chamados direitos sociais* – que pretendiam assegurar condições materiais mínimas de existência – em diversas Constituições, tendo sido pioneiras a Constituição do México (1917), da República da Alemanha (também chamada de República de Weimar, 1919) e, no Brasil, a Constituição de 1934.

No plano do Direito Internacional, consagrou-se, pela primeira vez, uma organização internacional voltada à melhoria das condições dos trabalhadores, que foi a *Organização Internacional do Trabalho*, criada em 1919 pelo próprio Tratado de Versailles que pôs fim à Primeira Guerra Mundial.

QUADRO SINÓTICO

A fase do constitucionalismo social
• Antecedentes: • Final do século XVIII: próprios jacobinos franceses defendiam a ampliação do rol de direitos da Declaração Francesa para abarcar também os direitos sociais, como o direito à educação e assistência social. • 1793: revolucionários franceses editaram uma nova “Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão”, redigida com forte apelo à igualdade, com reconhecimento de direitos sociais como o direito à educação. • Europa do século XIX: movimentos socialistas ganham apoio popular nos seus ataques ao modo de produção capitalista. Expoentes: Proudhon, Karl Marx, Engels, August Bebel. • Revolução Russa (1917): estimulou novos avanços na defesa da igualdade e justiça social. • Introdução dos chamados direitos sociais – que pretendiam assegurar condições materiais mínimas de existência – em várias Constituições, tendo sido pioneiras a Constituição do México (1917), da República da Alemanha (também chamada de República de Weimar, 1919) e, no Brasil, a Constituição de 1934. • Plano do Direito Internacional: consagrou-se, pela primeira vez, uma organização internacional voltada à melhoria das condições dos trabalhadores – a Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919 pelo próprio Tratado de Versailles que pôs fim à Primeira Guerra Mundial.

7. A internacionalização dos direitos humanos

Até meados do século XX, o Direito Internacional possuía apenas normas internacionais esparsas referentes a certos direitos essenciais, como se vê na temática do combate à escravidão no século XIX, ou ainda na criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho, 1919), que desempenha papel importante até hoje na proteção de direitos trabalhistas. Contudo, a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos está relacionada à nova organização da sociedade internacional no pós-Segunda Guerra Mundial[12]. Como marco dessa nova etapa do Direito Internacional, foi criada, na Conferência de São Francisco em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU). O tratado institutivo da ONU foi denominado "Carta de São Francisco".

A reação à barbárie nazista gerou a inserção da temática de direitos humanos na Carta da ONU, que possui *várias passagens* que usam expressamente o termo "*direitos humanos*", com destaque ao *artigo 55, alínea "c",* que determina que a Organização deve favorecer "*o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião"*. Já o artigo seguinte, o artigo 56, estabelece o compromisso de todos os Estados-membros de *agir em cooperação* com a Organização para a consecução dos propósitos enumerados no artigo anterior.

Porém, a Carta da ONU não listou o rol dos direitos que seriam considerados essenciais. Por isso, foi aprovada, sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, a *Declaração Universal de Direitos Humanos* (também chamada de "Declaração de Paris"), que contém 30 artigos e explicita o rol de direitos humanos aceitos internacionalmente. Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenha sido aprovada por *48 votos a favor* e sem voto em sentido contrário, houve *oito abstenções* (Bielorússia, Checoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul). Honduras e Iêmen não participaram da votação.

Nos seus trinta artigos, são enumerados os chamados *direitos políticos e liberdades civis* (artigos I ao XXI), assim como *direitos econômicos, sociais e culturais* (artigos XXII–XXVII). Entre os direitos civis e políticos constam o direito à vida e à integridade física, o direito à igualdade, o direito de propriedade, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, o direito à liberdade de opinião e de expressão e à liberdade de reunião. Entre os direitos sociais em sentido amplo constam o *direito à segurança social, ao trabalho, o direito à livre escolha da profissão e o direito à educação*, bem como o "direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis" (direito ao mínimo existencial – artigo XXV).

Quanto à ponderação e conflito dos direitos, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) prevê, em seu artigo XXIX, que toda pessoa tem *deveres* para com a comunidade e estará sujeita às *limitações de direitos*, para assegurar os *direitos dos outros* e de satisfazer às *justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática*. O artigo XXX determina que nenhuma disposição da Declaração pode ser interpretada para justificar ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades

lá estabelecidos, o que demonstra que os *direitos não são absolutos*.

Em virtude de ser a DUDH uma declaração e não um tratado, há discussões na doutrina e na prática dos Estados sobre sua força vinculante. Em resumo, podemos identificar *três vertentes possíveis*: (i) aqueles que consideram que a DUDH possui força vinculante por se constituir em interpretação autêntica do termo "direitos humanos", previsto na Carta das Nações Unidas (tratado, ou seja, tem força vinculante); (ii) há aqueles que sustentam que a DUDH possui força vinculante por representar o costume internacional sobre a matéria; (iii) há, finalmente, aqueles que defendem que a DUDH representa tão somente a *soft law* na matéria, que consiste em um conjunto de normas ainda não vinculantes, mas que buscam orientar a ação futura dos Estados para que, então, venha a ter força vinculante.

Do nosso ponto de vista, *parte* da DUDH é entendida como espelho do costume internacional de proteção de direitos humanos, em especial quanto aos direitos à integridade física, igualdade e devido processo legal[13].

QUADRO SINÓTICO

A fase da internacionalização dos direitos humanos	
Carta da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal de Direitos Humanos	Nova organização da sociedade internacional no pós-Segunda Guerra Mundial; fatos anteriores levaram ao reconhecimento da vinculação entre a defesa da democracia e dos direitos humanos com os interesses dos Estados em manter um relacionamento pacífico na comunidade internacional. Conferência de São Francisco (abril a junho de 1945): Carta de São Francisco. Declaração Universal de Direitos Humanos (também chamada de "Declaração de Paris"), aprovada sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948 em Paris.

1 Todos os textos aqui mencionados, salvo outra nota de rodapé específica, constam da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP, no precioso acervo de "Documentos Históricos". Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>.

2 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

3 GORCZEVSKI, Clóvis. *Direitos humanos dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 32.

4 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Introdução, tradução e notas de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

5 VILLEY, Michel. *Direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

6 SUESS, Paulo (Org.). *A conquista espiritual da América espanhola*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 543.

7 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil (1689). Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

8 Parágrafo 143. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil (1689). Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ : Vozes, 1994.

9 BINETTI, Saffo Testoni. Iluminismo. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola: PASQUINO, Gianfranco (Coords.).

Dicionário de política. Trad. João Ferreira. 4. ed. Brasília: Unb, 1992. v. 1, p. 605-611.

10 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1795). Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

11 Conferir em ISHAY, Micheline. *Direitos humanos*: uma antologia. Principais escritos políticos, ensaios, discursos e documentos desde a Bíblia até o presente. Trad. Fábio Joly. São Paulo: EDUSP, 2006, em especial p. 386.

12 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

13 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

III.

TERMINOLOGIA, FUNDAMENTO E CLASSIFICAÇÃO

1. Terminologia: os direitos humanos e os direitos fundamentais

Os direitos essenciais do indivíduo contam com *ampla diversidade de termos e designações*: direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais. A terminologia varia tanto na doutrina quanto nos diplomas nacionais e internacionais.

A nossa Constituição acompanha o *uso variado de termos* envolvendo "direitos humanos". Inicialmente, o art. 4º, II, menciona "direitos humanos". Em seguida, o Título II intitula-se "direitos e garantias fundamentais". Nesse título, o art. 5º, XLI, usa a expressão "direitos e liberdades fundamentais" e o inciso LXXI adota a locução "direitos e liberdades constitucionais". Por sua vez, o art. 5º, § 1º, menciona "direitos e garantias fundamentais". Já o art. 17 adota a dicção "direitos fundamentais da pessoa humana". O art. 34, ao disciplinar a intervenção federal, insere uma nova terminologia: "direitos da pessoa humana" (art. 34, VII, *b*). Quando trata das cláusulas pétreas, a Constituição ainda faz menção à expressão "direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º). No art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, há o uso, novamente, da expressão "direitos humanos".

No Direito Internacional, há também uma utilização livre de várias expressões. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 adota, já no preâmbulo, as locuções "direitos do homem" e "direitos essenciais do homem". A Declaração Universal de Direitos Humanos, por seu turno, estabelece em seu preâmbulo a necessidade de respeito aos "direitos do homem" e logo após a "fé nos direitos fundamentais do homem" e ainda o respeito "aos direitos e liberdades fundamentais do homem". A Carta da Organização das Nações Unidas emprega a expressão "direitos humanos" (preâmbulo e art. 56), bem como "liberdades fundamentais" (art. 56, alínea *c*). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (revisada em 2007) lança mão da expressão "direitos fundamentais" e a Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1950 adotou a locução "liberdade fundamental".

Essa imprecisão terminológica é resultado da evolução da proteção de certos *direitos essenciais* do indivíduo, pela qual a denominação de tais direitos foi sendo alterada, a partir do redesenho de sua delimitação e fundamento.

Nesse sentido, o uso da expressão "direito natural" revela a opção pelo reconhecimento de que esses direitos são inerentes à natureza do homem. Esse conceito e terminologia foram ultrapassados ao se constatar a *historicidade* de cada um destes direitos, sendo os direitos humanos verdadeiros direitos "conquistados".

Por sua vez, a locução “direitos do homem” retrata a mesma origem jusnaturalista da proteção de determinados direitos do indivíduo, no momento histórico de sua afirmação em face do Estado autocrático europeu no seio das chamadas revoluções liberais, o que imprimiu um certo caráter sexista da expressão, *que pode sugerir preterição aos direitos da mulher*. No Canadá, há o uso corrente da expressão “direitos da pessoa”, apta a superar o sexismo da dicção “direitos do homem”.

Já a expressão “*direitos individuais*” é tida como *excludente*, pois só abarcaria o grupo de direitos denominados de primeira geração ou dimensão (direito à vida, à igualdade, à liberdade e à propriedade – ver abaixo capítulo sobre a teoria das gerações de direitos). Contudo, há vários outros direitos, tais como os direitos a um ambiente ecologicamente equilibrado e outros, que não se amoldam nessa expressão “direitos individuais”.

Outra expressão muito usada, em especial na doutrina de inspiração francesa, é “*liberdade pública*”. Novamente, teme-se que essa terminologia seja excludente, pois não englobaria os direitos econômicos e sociais. Os “*direitos públicos subjetivos*”, locução cunhada pela escola alemã de Direito Público do século XIX, sugerem direitos contra o Estado. Revelariam um conjunto de direitos que limita a ação estatal em benefício do indivíduo. *A evolução do papel do Estado, saindo do Estado-Gendarme para o Estado Social de Direito*, além da atual expansão da aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares, *torna essa expressão de menor utilização*.

Finalmente, chegamos a *duas expressões de uso corrente* no século XXI: *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.

Inicialmente, a doutrina tende a reconhecer que os “*direitos humanos*” servem para definir os direitos estabelecidos pelo *Direito Internacional* em *tratados e demais normas internacionais* sobre a matéria, enquanto a expressão “*direitos fundamentais*” delimitaria aqueles direitos *reconhecidos* e *positivados* pelo *Direito Constitucional* de um Estado específico.

Porém, como vimos, o Direito Internacional não é uniforme e nem utiliza a locução “direitos humanos” sempre. Há casos recentes de uso da expressão “direitos fundamentais” em normas internacionais, como se vê na Carta dos *Direitos Fundamentais* da União Europeia (redigida em 2000 e alterada em 2007). Também o Direito Constitucional de um país pode adotar a expressão “direitos humanos”, como se viu acima em vários casos na Constituição brasileira.

Uma segunda diferença entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” também é comumente assinalada: *os direitos humanos não seriam sempre exigíveis internamente, justamente pela sua matriz internacional*, tendo então uma inspiração jusnaturalista sem maiores consequências; já os *direitos fundamentais seriam aqueles positivados internamente e por isso passíveis de cobrança judicial*, pois teriam matriz constitucional. Ora, a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos não se coaduna com essa diferenciação. No sistema interamericano e europeu de direitos humanos, os direitos previstos em tratados podem também ser exigidos e os Estados podem ser cobrados pelo descumprimento de tais normas (como veremos).

Há aqueles que ainda questionam o uso da expressão “*direitos humanos*” por representar

uma redundância, uma vez que não há direito que não seja titularizado pelo ser humano ou suas emanações (as pessoas jurídicas). Apesar de tal redundância, essa expressão é esclarecedora, pois acentua a essencialidade de tais direitos para o exercício de uma vida digna, sendo, por isso, adjetivados como "humanos". Com isso, *reconhece-se que esses direitos são de todos*, sem qualquer outra consideração ou qualificativo. Trata-se, então, de *ênfase e valorização* da condição humana como atributo para o exercício desses direitos. Assim, o adjetivo "humanos" significa que tais direitos são atribuídos a qualquer indivíduo, sendo assim considerados "direitos de todos".

Muitos já utilizam uma união entre as duas expressões vistas acima, "direitos humanos" e "direitos fundamentais", criando-se uma nova terminologia: "*direitos humanos fundamentais*" ou ainda "*direitos fundamentais do homem*".

Essa "união de termos" mostra que a diferenciação entre "direitos humanos, representando os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os "direitos fundamentais", representando os direitos positivados nas Constituições e leis internas, perde a importância, ainda mais na ocorrência de um *processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos*.

Essa aproximação entre o Direito Internacional e o Direito Nacional é consagrada, no Brasil, pela adoção do rito especial de aprovação congressual dos tratados de direitos humanos (previsto no art. 5º, § 3º). Esse rito especial consiste na aprovação de um tratado por maioria de 3/5 e em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional para que o futuro tratado seja equivalente à emenda constitucional. Assim, um tratado de *direitos humanos* será equivalente à *emenda constitucional*. Ou seja, um direito previsto em tratado (direitos humanos) será considerado um direito constitucional (direito fundamental).

Outro ponto de aproximação entre "direitos humanos" e "direitos fundamentais" está no reconhecimento da jurisdição da *Corte Interamericana* de *Direitos Humanos* pelo Brasil, que deve agir na *falha* do Estado brasileiro em proteger os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Logo, a *efetividade dos direitos humanos é assegurada graças a uma sentença internacional irrecorrível, que deve ser implementada pelo Estado brasileiro* (artigo 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos). Assim, a *antiga separação* entre direitos humanos (matriz internacional, sem maior força vinculante) e direitos fundamentais (matriz constitucional, com força vinculante gerada pelo acesso ao Poder Judiciário) no tocante aos instrumentos de proteção *fica diluída*, pois os direitos humanos *também* passaram a contar com a proteção judicial internacional.

Além disso, vários desses direitos previstos nacionalmente foram também previstos internacionalmente. Os direitos fundamentais espelham, então, os direitos humanos. Assim, uma interpretação *nacional* sobre determinado direito poderá ser confrontada e até *corrigida internacionalmente,* como veremos neste livro na análise do Caso da Guerrilha do Araguaia (divergência de interpretação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos).

Abre-se a porta para a uniformização de interpretação, *erodindo o sentido de termos separado rigidamente o mundo internacional dos "direitos humanos" e mundo constitucional dos "direitos fundamentais"*.

QUADRO SINÓTICO

Terminologia: os direitos humanos e os direitos fundamentais	
A imprecisão terminológica para designar os direitos essenciais à vida digna decorrem de evolução que levou ao redesenho de sua delimitação e fundamento:	
Direito natural	Opção pelo reconhecimento de que esses direitos são inerentes à natureza do homem. Conceito ultrapassado ante a constatação da historicidade desses direitos.
Direitos do homem	Retrata a mesma origem jusnaturalista da proteção de determinados direitos do indivíduo, no momento histórico de sua afirmação perante o Estado autocrático europeu no seio das revoluções liberais.
Direitos individuais	Terminologia tida como excludente, pois só abarcaria o grupo de direitos denominados de primeira geração ou dimensão, mas não os vários outros direitos, que não se amoldam nesse termo.
Liberdade pública	Terminologia tida como excludente, pois não englobaria os direitos econômicos e sociais.

Direitos públicos subjetivos	Termo cunhado pela escola alemã de Direito Público do século XIX, sugere direitos contra o Estado (conjunto de direitos que limita a ação estatal em benefício do indivíduo).
Direitos humanos e direitos fundamentais	Terminologias mais utilizadas. São comumente assim diferenciados: • direitos humanos: matriz internacional, sem maior força vinculante; • direitos fundamentais: matriz constitucional, com força vinculante gerada pelo acesso ao Poder Judiciário. A distinção, porém, está ultrapassada por dois fatores: - maior penetração dos direitos humanos no plano nacional, com a incorporação doméstica dos tratados, inclusive, no caso brasileiro, com a possibilidade de serem equivalentes à emenda constitucional (art. 5º, § 3º) - força vinculante dos direitos humanos, graças ao reconhecimento da jurisdição de órgãos com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. Classificação dos direitos humanos

2.1. A TEORIA DO *STATUS* E SUAS REPERCUSSÕES

Para entender o desenvolvimento do rol dos direitos humanos no mundo atual, é importante estudar uma das teorias mais tradicionais referentes à relação do indivíduo com o Estado sob a ótica dos direitos, que é a *teoria do* "*status*" desenvolvida no *final do século XIX* por Georg Jellinek (1851-1911).

O contexto da elaboração dessa teoria é o repúdio de Jellinek ao denominado "jusnaturalismo" dos direitos humanos, ancorado nas declarações liberais do século XVIII, em

especial, na Declaração de Virgínia (1776) e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Na sua visão, os direitos humanos devem ser traduzidos em normas jurídicas *estatais* para que possam ser garantidos e concretizados. Por isso, sua teoria relaciona-se com a posição do direito do indivíduo em face do Estado, com previsão de mecanismos de *garantia* a serem invocados no ordenamento estatal.

Sua classificação, então, é pautada: 1) pelo reconhecimento do caráter *positivo* dos direitos, ou seja, direitos previstos e regulados pelo Estado, contrapondo-se à tese de inerência ou de que seriam direitos natos; 2) pela afirmação da *verticalidade,* defendendo que os direitos são concretizados na relação desigual entre indivíduo e Estado. Como a teoria é construída no final do século XIX (em seu livro *Sistema de direitos públicos subjetivos*, 1892), não abarca os direitos humanos nas *relações entre particulares* (efeito horizontal dos direitos humanos, como veremos) e também os direitos de *titularidade difusa*, transindividual (os direitos difusos, como veremos).

Para Jellinek, o indivíduo pode ser encontrado em quatro situações diante do Estado. Na primeira situação, o indivíduo encontra-se em um estado de submissão, que foi denominado *status subjectionis* ou *status* passivo. O indivíduo se encontra em uma posição de subordinação em face do Estado, que detém atribuições e prerrogativas, aptas a vincular o indivíduo e exigir determinadas condutas ou ainda impor limitações (proibições) a suas ações. Surgem, então, deveres do indivíduo que devem contribuir para o atingimento do bem comum. A preocupação de Jellinek é não desvincular os direitos dos indivíduos da possibilidade do Estado impor deveres, a fim de assegurar o interesse de todos. Logo, para Jellinek, o cumprimento desses deveres leva à implementação dos direitos de todos.

Na segunda situação, o indivíduo possui o "*status" negativo (status libertatis)*, que é o conjunto de limitações à ação do Estado voltado ao respeito dos direitos do indivíduo. O indivíduo exige respeito e contenção do Estado, a fim de assegurar o pleno exercício de seus direitos na vida privada. Nasce um espaço de liberdade individual ao qual o Estado deve respeito, abstendo-se de qualquer interferência. Jellinek, com isso, retrata a chamada dimensão subjetiva, liberal ou clássica dos direitos humanos, na qual os direitos têm o condão de proteger seu titular (o indivíduo) contra a intervenção do Estado. É a *resistência do indivíduo contra o Estado*. Ao Estado cabe a chamada prestação ou obrigação negativa: deve se *abster* de determinada conduta, como, por exemplo, não matar indevidamente, não confiscar, não prender sem o devido processo legal etc.

A terceira situação é denominada *status positivo (status civitatis)* e consiste no conjunto de pretensões do indivíduo para invocar a atuação do Estado em prol dos seus direitos. O indivíduo tem o poder de provocar o Estado para que interfira e atenda seus pleitos. A liberdade do indivíduo adquire agora uma faceta positiva, apta a exigir mais do que a simples abstenção do Estado (que era a característica do "*status" negativo*), levando a proibição da omissão estatal. Sua função original era exigir que o Estado protegesse a liberdade do indivíduo, evitando que sua omissão gerasse violações, devendo realizar *prestações positivas*. Assim, para proteger a vida, o Estado deveria organizar e manter um sistema eficiente de policiamento e segurança pública. Para assegurar o devido processo legal, o Estado deveria organizar de modo eficiente os recursos materiais e humanos do sistema de

justiça. Porém, com a evolução das demandas e com o surgimento de novos direitos, emergem direitos a prestações *sociais*, nos quais se cobra uma ação prestacional do Estado para assegurar direitos referentes à igualdade material, como, por exemplo, direito à saúde, direito à educação etc.

A quarta situação é a do "*status" ativo (status activus)*, que consiste no conjunto de prerrogativas e faculdades que o indivíduo possui para participar da formação da vontade do Estado, refletindo no exercício de direitos políticos e no direito de aceder aos cargos em órgãos públicos. O poder do Estado é, em última análise, o poder do conjunto de indivíduos daquela comunidade política. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal invocou o *status* ativo no caso do *direito de nomeação* de aprovado em concurso público *classificado entre o número disponível de vagas* previsto no Edital. Para o STF, a Administração Pública está vinculada às normas do edital, ficando obrigada a *preencher as vagas previstas para o certame* dentro do *prazo de validade* do concurso, salvo diante de excepcional justificativa. O candidato aprovado dentro do número de vagas tem um direito subjetivo à nomeação, que vincula diretamente a Administração. Para o Ministro Gilmar Mendes, "a acessibilidade aos cargos públicos constitui um direito fundamental expressivo da cidadania, como bem observou a Ministra Cármen Lúcia na referida obra. Esse direito representa, dessa forma, uma das faces mais importantes do *status activus* dos cidadãos, conforme a conhecida 'teoria do *status*' de Jellinek" (RE 598.099/MS, julgamento em 10 de agosto de 2011).

Na doutrina alemã, *Häberle* defendeu a ampliação do *status* ativo*,* para que se transformasse em um *status activus processualis,* no qual o *indivíduo possui o direito à participação no procedimento da tomada de decisão por parte do Poder Público*. Não se trata de somente se manifestar, mas especialmente no direito de influenciar e ter sua posição levada em consideração na adoção de determinada decisão, inclusive a dos Tribunais Constitucionais[1]. O *status activus processualis* é visto, por exemplo, na adoção do *amicus curiae* e da *audiência pública* no processo do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil (Leis n. 9.868/99 e 9.862/99).

2.2. A TEORIA DAS GERAÇÕES OU DIMENSÕES: A INEXAURIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

A teoria das gerações dos direitos humanos foi lançada pelo jurista francês de origem checa, Karel Vasak, que, em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (França), no ano de 1979, classificou os direitos humanos em *três* gerações, cada uma com características próprias[2]. Posteriormente, determinados autores defenderam a ampliação da classificação de Vasak para quatro ou até cinco gerações[3].

Cada *geração foi associada*, na Conferência proferida por Vasak, a um dos componentes do *dístico da Revolução Francesa*: "*liberté, egalité et fraternité*" (liberdade, igualdade e fraternidade). Assim, a primeira geração seria composta por direitos referentes à "liberdade"; a segunda geração retrataria os direitos que apontam para a "igualdade"; finalmente, a terceira geração seria composta por direitos atinentes à solidariedade social ("fraternidade").

A primeira geração engloba os chamados *direitos de liberdade*, que são direitos às

prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. São denominados também "*direitos de defesa*", pois protegem o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado, possuindo caráter de distribuição de competências (limitação) entre o Estado e o ser humano.

Por regrar a atuação do indivíduo, delimitando o seu espaço de liberdade e, ao mesmo tempo, estruturando o modo de organização do Estado e do seu poder, são os direitos de primeira geração compostos por direitos civis e políticos. Por isso, são conhecidos como direitos (ou liberdades) *individuais*, tendo como *marco as revoluções liberais do século XVIII* na Europa e Estados Unidos (*vide* a evolução histórica dos direitos humanos). Essas revoluções visavam restringir o poder absoluto do monarca, impingindo limites à ação estatal. São, entre outros, o direito à liberdade, igualdade perante a lei, propriedade, intimidade e segurança, traduzindo o valor de liberdade. O papel do Estado na defesa dos direitos de primeira geração é tanto o tradicional papel *passivo* (abstenção em violar os direitos humanos, ou seja, as prestações negativas) quanto *ativo*, pois há de se exigir ações do Estado para garantia da segurança pública, administração da justiça, entre outras.

A *segunda geração de direitos humanos* representa a modificação do papel do Estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal das regras jurídicas. Esse papel ativo, embora indispensável para proteger os direitos de primeira geração, era visto anteriormente com desconfiança, *por ser considerado uma ameaça aos direitos do indivíduo*. Contudo, sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que a inserção formal de liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantiam a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de um papel ativo do Estado para assegurar uma condição material mínima de sobrevivência. Os *direitos sociais são também titularizados pelo indivíduo e oponíveis ao Estado*. São reconhecidos o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam prestações positivas do Estado para seu atendimento e são denominados *direitos de igualdade* por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos. Os direitos humanos de segunda geração são frutos das chamadas lutas sociais na Europa e Américas, sendo seus marcos a *Constituição mexicana de 1917* (que regulou o direito ao trabalho e à previdência social), a *Constituição alemã de Weimar* de 1919 (que, em sua Parte II, estabeleceu os deveres do Estado na proteção dos direitos sociais) e, no Direito Internacional, o Tratado de Versailles, que criou a *Organização Internacional do Trabalho*, reconhecendo direitos dos trabalhadores (ver abaixo a evolução histórica dos direitos humanos).

Já os direitos de terceira geração são aqueles de titularidade da comunidade, como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado. São chamados de direitos de solidariedade. São oriundos da constatação da vinculação do homem ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana.

Posteriormente, no final do século XX, há aqueles, como Paulo Bonavides, que defendem o nascimento da quarta geração de direitos humanos, resultante da globalização dos direitos

humanos, correspondendo aos direitos de participação democrática (democracia direta), direito ao pluralismo, bioética e limites à manipulação genética, fundados na defesa da dignidade da pessoa humana contra intervenções abusivas de particulares ou do Estado. Bonavides agrega ainda uma quinta geração, que seria composta pelo direito à paz em toda a humanidade (anteriormente classificado por Vasak como sendo de terceira geração)[4]. Parte da doutrina critica a criação de novas gerações (qual seria o limite?), apontando falhas na diferenciação entre as novas gerações e as anteriores, além da dificuldade em se precisar o conteúdo e efetividade dos "novos" direitos[5].

O Supremo Tribunal Federal *utiliza* a teoria geracional, com a seguinte síntese: "os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de *segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade" (grifo não constante do original, MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995).

A teoria geracional é criticada nos dias de hoje por quatro defeitos.

Em primeiro lugar, por transmitir, de forma errônea, o caráter de *substituição* de uma geração por outra. Se os direitos humanos representam um conjunto *mínimo* de direitos necessário a uma vida única, consequentemente, uma geração não sucede a outra, mas com ela interage, estando em constante e dinâmica relação. O direito de propriedade, por exemplo, deve ser interpretado em conjunto com os direitos sociais previstos no ordenamento, o que revela a sua função social. Após a consagração do direito ao meio ambiente equilibrado, o direito de propriedade deve também satisfazer as exigências ambientais de uso.

Em segundo lugar, a enumeração das gerações pode dar a ideia de *antiguidade ou posteridade* de um rol de direitos em relação a outros: os direitos de primeira geração teriam sido reconhecidos antes dos direitos de segunda geração e assim sucessivamente, o que efetivamente não ocorreu. No Direito Internacional, por exemplo, os direitos sociais (segunda geração) foram consagrados em convenções internacionais do trabalho (a partir do surgimento da Organização Internacional do Trabalho em 1919), *antes* mesmo que os próprios direitos de primeira geração (cujos diplomas internacionais são do pós-Segunda Guerra Mundial, como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948).

Em terceiro lugar, a teoria geracional é rechaçada por apresentar os direitos humanos de forma *fragmentada* e ofensiva à indivisibilidade (característica que estudaremos em capítulo próprio). Embora essa teoria geracional, à primeira vista, seja razoável para fins didáticos, na prática serve como justificativa para a *diferenciação do regime de implementação* de uma geração em face da outra. O caso sempre lembrado dessa consequência da teoria geracional é a diferença entre o regime de proteção dos direitos de primeira geração em relação aos direitos de segunda geração. Em vários países, combatem-se com rigor a discriminação e as

ofensas ao princípio da igualdade no tocante aos direitos individuais clássicos, mas se aceitam as imensas desigualdades no âmbito dos direitos sociais.

Em quarto lugar, o uso dessas divisões entre direitos é também criticável em face das *novas interpretações* sobre o conteúdo dos direitos. Como classificar o direito à vida? Em tese, seria um direito tradicionalmente inserido na primeira geração de Vasak, mas hoje há vários precedentes internacionais e nacionais que exigem que o Estado realize diversas prestações positivas para assegurar uma vida *digna,* como, por exemplo, saúde, moradia, educação etc., o que o colocaria na *segunda geração*. O exemplo mais marcante dessa nova interpretação do conteúdo do direito à vida é a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que exige um claro conteúdo social na promoção do direito à vida.

Para evitar tais riscos, há aqueles que defendem, como Paulo Bonavides, o uso do termo "dimensões", em vez de gerações. Teríamos, então, três, quatro ou cinco *dimensões* de direitos humanos. Apesar da mudança de terminologia, restaria ainda a crítica da ofensa à indivisibilidade dos direitos humanos e aos novos conteúdos dos direitos protegidos, que inviabilizam também a teoria *dimensional* dos direitos humanos.

Além da troca de terminologia (*geração por dimensão)*, há a busca incessante por novas "gerações", com autores defendendo a existência de uma quarta geração ou mesmo uma quinta geração de direitos.

Apesar de não existir muita precisão sobre a consequência prática de considerarmos um direito como pertencente a uma "quarta" ou "quinta" geração, essas novas gerações ou dimensões apontadas pela doutrina auxiliam o estudioso a compreender o fenômeno da produção de novos direitos, também denominado *inexauribilidade dos direitos humanos*, para atender a recentes demandas sociais da atualidade.

Com isso, em que pese às críticas, a teoria das gerações continua a ser um instrumento didático de compreensão dos direitos humanos e sua *inexauribilidade* (sempre há novas demandas sociais, gerando novos direitos), não podendo, é claro, ser usada para impedir a *unidade* dos direitos humanos e uma visão *integral* desse conjunto de direitos, todos essenciais para uma vida humana digna.

2.3. A CLASSIFICAÇÃO PELAS FUNÇÕES

De acordo com suas funções, os direitos humanos podem ser classificados como: direitos de defesa, direitos a prestações e direitos a procedimento e instituições.

Os *direitos de defesa* consistem no conjunto de prerrogativas do indivíduo voltado para defender determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público ou mesmo outro particular, assegurando que: 1) uma conduta não seja proibida; 2) uma conduta não seja alvo de interferência ou regulação indevida por parte do Poder Público; e 3) não haja violação ou interferência por parte de outro particular.

Os direitos de defesa, então, têm como consequência inicial a transformação desses direitos em um escudo contra o poder estatal, concretizando exigências de *abstenção, derrogação e até mesmo anulação de atos do Estado.* Porém, já é um consenso no Brasil que os direitos de defesa também podem ser invocados contra outros particulares, consagrando a

eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Além disso, os direitos de defesa asseguram ao seu titular duas outras consequências, além das anteriores: pretensão de *consideração*, que exige do Estado levar em conta os direitos envolvidos *antes* de adotar determinada conduta e ainda a pretensão de *proteção,* que gera o chamado "dever de proteção", ou seja, o dever do Estado de agir contra outros *particulares* que podem violar esses direitos (também chamada de dimensão objetiva dos direitos humanos). Quer sejam invocados contra o Estado ou contra outro particular (exigindo-se do Estado que interfira a favor do titular e contra o particular que viola esse direito), os direitos de defesa estabelecem uma esfera jurídica de autonomia e autodeterminação dos indivíduos, protegendo-os contra condutas do Estado ou de terceiros.

É possível classificar os direitos de defesa em três subespécies: os direitos ao não impedimento (liberdade de expressão, por exemplo); direitos ao não embaraço (por exemplo, direito à inviolabilidade domiciliar, intimidade e sigilos diversos) e, finalmente, direitos a não supressão de determinadas situações jurídicas (defesa do direito de propriedade, por exemplo). O Estado, então, no que tange aos direitos de defesa, é o inimigo da liberdade individual e os direitos humanos têm a função de preservar o indivíduo contra as ingerências indevidas do governante[6].

Por sua vez, os *direitos à prestação* são aqueles que exigem uma obrigação estatal de ação, para assegurar a efetividade dos direitos humanos. É uma verdadeira superação do dogma do "Estado inimigo" dos direitos humanos. Pelo contrário, o Estado agora é o "Estado amigo", chamado a realizar condutas de proteção aos direitos, para dar existência real aos direitos previstos no ordenamento jurídico. Essas condutas estatais podem ser divididas em *prestações jurídicas* e *prestações materiais.* A prestação jurídica é realizada pela elaboração de normas jurídicas que disciplinam a proteção de determinado direito. Assim, o devido processo legal para ser protegido exigirá uma atuação estatal de regulação de normas processuais e procedimentais adequadas. Já a *prestação material* consiste na intervenção do Estado provendo determinada condição material para que o indivíduo frua adequadamente seu direito. Por exemplo, no caso do direito à saúde, o Estado deve realizar prestações materiais por meio de construção de hospitais, equipamentos, equipe médica e ainda fornecimento gratuito de medicamentos, tudo para assegurar materialmente o efetivo gozo do direito à saúde.

Os direitos à prestação *jurídica* acarretam discussão sobre a criação de medidas específicas de combate à inércia do Estado em legislar, como ocorreu no Brasil com a criação do *mandado de injunção* e da *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. No caso das prestações materiais, veremos, em ponto específico, a consequência desses direitos de prestação, que vem a ser a possibilidade de *exigir judicialmente* que o Estado realize essas prestações, em um contexto de recursos finitos e necessidades de escolhas entre quais prestações devem ser realizadas em primeiro lugar.

Finalmente, os direitos podem ser classificados como *direitos a procedimentos e organizações,* que são aqueles que têm como função exigir do Estado que estruture órgãos e corpo institucional apto, por sua competência e atribuição, a oferecer bens ou serviços indispensáveis à efetivação dos direitos humanos.

Essa categoria é corolário dos direitos à prestação, mas com o traço distintivo de focar a estrutura administrativa e institucional do Estado, que, para tal classificação, é também importante para a efetividade dos direitos humanos. A consequência dessa classificação é justamente permitir que determinadas *condutas do Estado voltadas a desmantelar uma instituição essencial* para a efetividade dos direitos humanos seja passível de questionamento por, em última análise, representar uma *violação do direito que aquela instituição zelava*.

2.4. A CLASSIFICAÇÃO PELA FINALIDADE: OS DIREITOS E AS GARANTIAS

Os direitos humanos podem ser classificados de acordo com a *finalidade*. De um lado, há os *direitos propriamente ditos*, que são os dispositivos normativos que visam o reconhecimento jurídico de pretensões inerentes à dignidade de todo ser humano. De outro lado, temos as previsões normativas que *asseguram* a existência desses direitos propriamente ditos, sendo denominadas *garantias fundamentais*. As garantias fundamentais visam assegurar a fruição dos direitos propriamente ditos. O reconhecimento da existência das garantias fundamentais tem como importante consequência a proteção constitucional (e internacional, como veremos, nas garantias internacionais) contra a supressão legislativa ou ainda contra a eventual modificação erosiva de emendas constitucionais (por constituírem-se em cláusulas pétreas).

Por sua vez, as garantias fundamentais podem ser classificadas em várias espécies (ver mais na Parte IV). Em primeiro lugar, há a divisão entre as chamadas garantias em sentido amplo e as garantias em sentido estrito (os chamados remédios fundamentais). Em segundo lugar, podemos dividir as garantias de acordo com a origem nacional (garantias nacionais) ou ainda internacional (garantias internacionais).

As *garantias fundamentais em sentido amplo* consistem em um conjunto de meios de índole *institucional* e *organizacional* que visa assegurar a efetividade e observância dos direitos humanos. É possível ainda denominar essas garantias, em sentido amplo, "garantias institucionais", uma vez que contemplam estruturas institucionais *públicas* (por exemplo, o Ministério Público e a Defensoria Pública) e *privadas* (por exemplo, liberdade de imprensa) imprescindíveis à plena efetividade dos direitos humanos.

Em relação às garantias institucionais *públicas*, listamos *cinco* exemplos de instrumentos de índole institucional e organizacional que servem para assegurar os direitos humanos no Brasil.

A primeira garantia em sentido amplo dos direitos humanos é a *garantia diante do Poder Legislativo,* que deve legislar *conforme* aos direitos humanos. A nossa Constituição lista vários direitos em seu corpo, dotando-os naturalmente do estatuto constitucional, superior às leis. Assim, o *controle de constitucionalidade* das leis serve como garantia dos direitos humanos. Mesmo a emenda constitucional pode ser fulminada, se violar os "direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º, IV, da CF/88).

A segunda garantia em sentido amplo consiste na exigência da *reserva de lei* para a atuação do Poder Público, que consta como princípio da Administração Pública brasileira previsto no art. 37 da CF/88.

A terceira garantia em sentido amplo é a cláusula da *reserva de jurisdição* ou *reserva absoluta de jurisdição,* que consiste na exigência de *autorização judicial prévia* para a restrição e supressão de determinado direito. Consiste no "monopólio da primeira palavra" ou "monopólio do juiz", no linguajar de Canotilho[7], pelo qual, em certos casos de apreciação de restrição de direitos, a jurisdição deve dar não somente a última palavra, mas também a *primeira* palavra (autorizando ou negando).

A Constituição Federal de 1988 aceitou a garantia da reserva absoluta de jurisdição, ao dispor que determinados atos de grave intervenção em direitos individuais somente podem ser deferidos pelo Poder Judiciário, com a exclusão de todas as demais autoridades públicas. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a garantia constitucional da reserva da jurisdição incide sobre as hipóteses de: (i) busca domiciliar (CF, art. 5º, XI); (ii) interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII); e (iii) decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI – conferir no MS 23.639/DF, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no *DJ* em 16-2-2001). Por outro lado, não há falar em reserva de jurisdição na quebra ou transferência de sigilos bancário, fiscal e de registros telefônicos, pois, no teor da Constituição Federal, essas podem inclusive ser determinadas por Comissão Parlamentar de Inquérito (STF, MS 23.480, TP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 15-9-2000).

A quarta garantia em sentido amplo consiste no próprio acesso à justiça ou *universalidade da jurisdição,* que se funda na possibilidade de se atacar, perante o Poder Judiciário, qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CF/88).

A quinta garantia em sentido amplo consiste na implantação do novo perfil do *Ministério Público e da Defensoria Pública*, que, em seus respectivos âmbitos de atuação, são indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais. No caso do Ministério Público, por exemplo, esse novo perfil engloba prerrogativas que concernem à "autonomia administrativa e financeira dessa instituição, ao processo de escolha, nomeação e destituição de seu titular e ao poder de iniciativa dos projetos de lei relativos à sua organização" (ADI 2.378, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 19-5-2004, Plenário, *DJ* de 6-9-2007). No mesmo sentido, O STF reconheceu que a independência e a autonomia do Ministério Público representam garantias institucionais que foram feridas pela previsão de nomeação de Promotor "Ad hoc" pela Corregedoria do Poder Judiciário de Goiás (ADI 2.874, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 28-8-2003, Plenário, *DJ* de 3-10-2003). Consequentemente, uma emenda constitucional hipotética que buscasse eliminar esse novo perfil seria *inconstitucional* por ofensa à garantia de direitos humanos (*vide* Parte III, item 2.4 sobre "cláusulas pétreas").

Esses exemplos não são exaustivos. Por exemplo, há quem defenda que a laicidade do Estado caracteriza-se como uma verdadeira garantia institucional da liberdade religiosa individual[8]. O STF reconheceu, por exemplo, que o art. 16 da Constituição ("Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência") consiste em uma "*garantia institucional* da anualidade" (Voto do Min. Gilmar Mendes, em julgamento no qual o STF, à unanimidade, decidiu não aplicar às Eleições de 2006 a EC n. 52 – ver ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-3-2006, Plenário, *DJ* de 10-8-2006). Na mesma linha, o STF entendeu que a *imunidade parlamentar* é "garantia institucional deferida ao Congresso

Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre ela, qualquer poder de disposição", não cabendo, então, falar de "renúncia" à imunidade (Inq 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, unânime, *DJ* de 19-4-1991).

Quanto às *garantias institucionais de índole privada*, reconhece-se um feixe de dispositivos que representam instituições como o *casamento, família, maternidade, opinião pública,* aptos a abrigar diversos direitos humanos e que merecem, assim, proteção especial.

Porém, *devemos ficar atentos* com uma *banalização* do conceito de garantia institucional (que pode gerar decisionismo e arbítrio na solução de conflitos entre garantias institucionais), que só pode ser utilizado para definir uma forma de organização do Estado ou da sociedade cuja existência é *indispensável* para assegurar determinado direito fundamental.

Já as *garantias fundamentais em sentido estrito* consistem no conjunto de *ações processuais* destinada a proteger os direitos essenciais dos indivíduos. Essas garantias processuais são de ordem *nacional* e *internacional*. No plano nacional, as garantias em sentido estrito estão previstas na própria Constituição brasileira, e são denominadas *remédios constitucionais,* a saber: *habeas corpus,* mandado de segurança, *habeas data,* mandado de injunção, direito de petição, ação popular e ação civil pública. No plano internacional que interessa ao Brasil, há o *direito de petição internacional* a órgãos quase judiciais, como Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Comitês estabelecidos em determinados tratados universais (celebrados no âmbito da Organização das Nações Unidas). Cabe lembrar que, no sistema europeu de direitos humanos, há ainda o *direito de ação internacional* das vítimas de violação de direitos humanos contra os Estados responsáveis pela conduta ofensiva.

2.5. A CLASSIFICAÇÃO ADOTADA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 dividiu os direitos humanos, com base no seu Título II (denominado, sugestivamente, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais"), em cinco categorias, a saber: a) direitos e deveres individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) direitos de nacionalidade; d) direitos políticos; e e) partidos políticos.

Essa enumeração não é exaustiva, uma vez que o art. 5º, § 2º, da Constituição prevê o *princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais*, também denominado *abertura da Constituição aos direitos humanos,* dispondo que os direitos previstos não excluem outros *decorrentes* do regime e princípios da Constituição, além dos que estão mencionados no *restante do texto* da Constituição e em *tratados de direitos humanos* celebrados pelo Brasil.

2.5.1. Direitos individuais

Os "direitos individuais" consistem no conjunto de direitos cujo conteúdo impacta a esfera de interesse protegido de um indivíduo. Por isso, são também considerados como sinônimos de "direitos de primeira geração", pois representam os direitos clássicos de liberdade de agir do indivíduo em face do Estado e dos demais membros da coletividade. Representam direitos tanto a ações negativas do Estado (abstenção de agir do Estado) quanto a ações positivas (prestações).

Na Constituição brasileira, são conhecidos também como sendo os direitos do "rol do art.

5º", no qual constam os direitos à vida, liberdade, segurança individual, integridade física, igualdade perante a lei, intimidade, entre outros. Essa denominação é imperfeita, pois o Supremo Tribunal Federal estabelece que os direitos individuais podem ser encontrados em qualquer parte da Constituição. De qualquer modo, o art. 5º impressiona pela *elasticidade* na enumeração de incisos e parágrafos, contendo nada menos que *78 incisos e quatro parágrafos*, tendo a Constituição de 1988 atendido a um *anseio liberalizante* após anos e anos de ditadura militar.

Por outro lado, o *regime jurídico* dos direitos individuais é robusto: são de aplicação imediata (art. 5º, § 1º) e ainda componentes do núcleo pétreo da Constituição (art. 60, § 4º, IV), tornando-os elementos centrais na *identidade constitucional imutável* do Brasil.

A definição de "direito individual" (referente ao conteúdo de afetação somente a interesses de um indivíduo) permite que sejam identificados tais direitos em *toda* a Constituição, inclusive nos chamados direitos políticos (por exemplo, o direito de voto) e nos direitos sociais (direito à saúde e à educação tem claro perfil de atendimento à pretensão individual). Além disso, a restrição do termo "direitos individuais" aos direitos que constam somente do art. 5º poderia produzir interpretações restritas quanto ao conjunto de direitos protegido pela imutabilidade do art. 60, § 4º, IV, e quanto ao alcance do art. 5º, § 1º (aplicação imediata).

2.5.2. Direitos sociais

Os direitos sociais consistem em um conjunto de faculdades e posições jurídicas pelas quais um indivíduo pode exigir prestações do Estado ou da sociedade ou até mesmo a abstenção de agir, tudo para assegurar *condições materiais mínimas de sobrevivência*. Historicamente, os direitos sociais são frutos das revoluções socialistas em diversos países, tendo sido inseridos, no campo constitucional, de modo pioneiro na Constituição do México de 1917 e na Constituição de Weimar (Alemanha) de 1919. No Direito Internacional, o Tratado de Versailles (1919) é inovador ao constituir a Organização Internacional do Trabalho, existente até hoje e que tem como missão precípua a defesa dos direitos dos trabalhadores. No Brasil, a Constituição de 1934 é o marco inicial da introdução dos direitos sociais, porém estes foram incluídos no capítulo da "ordem econômica e social". Já a Constituição de 1988 tem um capítulo específico ("Direitos Sociais", arts. 6º ao 11) no Título II ("Direitos e Garantias Fundamentais") e ainda consagrou o princípio da não exaustividade dos direitos sociais, o que permite extrair novos direitos sociais *decorrentes* do regime e princípios, bem como dos tratados celebrados pelo Brasil (art. 5º, § 2º).

O conteúdo dos *direitos sociais é essencialmente prestacional*, exigindo-se ação do Estado e da sociedade para superar desigualdades fáticas e situação material ofensiva à dignidade. Há também *direitos sociais de abstenção (ou de defesa)*, pela qual o Estado deve se abster de interferir de modo indevido em determinado direito social, como, por exemplo, a liberdade de associação sindical ou ainda o direito de greve.

A maior controvérsia envolvendo os direitos sociais está na busca de sua efetivação, que pode esbarrar em argumentos referentes à falta de recursos disponíveis, que limitaria a realização desses direitos a uma "*reserva do possível*".

Essa controvérsia tem maior ou menor intensidade a depender do envolvimento, no debate, de *direitos originários ou derivados a prestações sociais*. Os *direitos sociais originários* são aqueles que advêm do texto constitucional ou mesmo de um tratado de direitos humanos sem outra implementação legislativa ou administrativa. Restaria ao titular do direito social a busca dessas prestações fáticas por meio do acesso à justiça, gerando a crítica denominada "objeção democrática", pela qual o Estado-juiz não poderia ofender a separação de poderes e alocar recursos (decisão do Poder Executivo), retirando-os de outras áreas, para satisfazer determinado direito social. Com isso, o Estado-juiz teria que se defrontar com a necessidade de traçar até as linhas básicas de implementação daquele direito.

Já o *direito social derivado* é aquele que *já* possui alguma regulamentação legal ou administrativa e que pode ser, então, objeto de apreciação judicial sob dois prismas: o *prisma da igualdade*, assegurando que tal implementação deve ser feita de modo a assegurar acesso igualitário a todos e ainda o *prisma da segurança e confiança no Estado*, impedindo que haja inconstância na prestação e *proibindo-se o retrocesso*.

2.5.3. Direito à nacionalidade

A nacionalidade é definida como sendo o vínculo jurídico entre determinada pessoa, denominada *nacional*, e um *Estado*, pelo qual são estabelecidos direitos e deveres recíprocos. No século XX, contudo, com a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a nacionalidade passa a ser considerada *direito essencial,* previsto no artigo XV da Declaração Universal de Direitos Humanos e em diplomas normativos internacionais posteriores.

O *povo é formado pelo conjunto de nacionais*, sendo elemento subjetivo do Estado. A fixação de regras para a determinação da nacionalidade foi lenta e somente se desenvolveu a partir das *revoluções liberais*, que geraram a consequente afirmação da participação popular no poder. Assim, era necessário *determinar quem era nacional*, ou seja, quem era membro do povo e, por consequência, deveria participar, direta ou indiretamente, da condução dos destinos do Estado. A França foi o primeiro Estado, no pós-Revolução de 1789, a estabelecer *regras constitucionais referentes à nacionalidade* (Constituição de 1791, arts. 2º a 6º).

O *modelo francês* de instituir as regras sobre nacionalidade no texto constitucional foi seguido pelo Brasil e a Constituição de 1988 estabelece as regras básicas sobre a nacionalidade em seu art. 12. Como visto, há *normas internacionais de direitos humanos* dispondo sobre a nacionalidade, como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), que prevê que todos têm direito a uma nacionalidade e ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade (artigo XV). A *Convenção Americana de Direitos Humanos* (já ratificada e incorporada ao ordenamento brasileiro) também dispõe que toda pessoa tem direito a uma nacionalidade e ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la (art. 20). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive, já emitiu parecer consultivo sobre o direito à nacionalidade (Parecer n. 4/84) e também analisou o conteúdo dos deveres dos nacionais (cotejo com o crime de traição) no caso *Castillo Petruzzi*.

O reconhecimento do direito fundamental à nacionalidade traz importantes consequências:

1) exige que a interpretação da concessão da nacionalidade a estrangeiro seja sempre feita em prol da concessão; 2) exige que a interpretação da perda da nacionalidade seja sempre restritiva, de modo a favorecer a manutenção do vínculo, caso o indivíduo assim queira; 3) não pode o Estado obstar o desejo legítimo do indivíduo de renunciar e mudar de nacionalidade.

2.5.4. Direitos políticos e os partidos

Os direitos políticos constituem um conjunto de direitos de *participação na formação da vontade do poder e sua gestão*. Expressam a soberania popular, representada na máxima "todo poder emana do povo" prevista no art. 1º da Constituição de 1988.

Os direitos políticos são compostos por direitos de participação, permitindo o exercício do poder pelo povo, de modo direto (a chamada democracia direta ou participativa) ou indireto (a chamada democracia indireta ou representativa). Essa participação não se dá tão somente no exercício do *direito de votar e ser votado*, mas também na *propositura de projetos de lei* (iniciativa popular) e na *ação fiscalizatória sobre os governantes* (a ação popular).

No Brasil, os direitos políticos são exercidos não somente pelo direito de votar e ser votado em eleições, mas também por *instrumentos de democracia participativa*, tais como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular (CF/88, art. 14, I a III), regidos pela Lei n. 9.709/98, e, no que tange à fiscalização do Poder, pela ação popular (art. 5º, LXXIII).

Para evitar manipulações, dispõe o art. 16 da CF/88 que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, porém não se aplica à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Esse artigo representa a chamada *regra da anualidade eleitoral,* que garante o direito de segurança e de certeza jurídicas do cidadão-eleitor contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral (ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, e ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-3-2006).

O *exercício dos direitos políticos* separa o conceito de *cidadania* do conceito de *nacionalidade.* O *cidadão* é aquele que exerce direitos políticos. Já o *nacional* é aquele que possui um vínculo jurídico com um determinado Estado, fixando direitos e deveres recíprocos. Em geral, a *nacionalidade é pressuposto básico para a obtenção da condição de cidadão*, mas, mesmo no Brasil, há caso de exercício de direitos políticos por *estrangeiro* (não nacional), no que tange aos *portugueses em situação de igualdade de direitos* (CF/88, art. 12).

No Brasil, os *partidos políticos* são pessoas jurídicas de direito privado, criadas para assumir o poder e realizar seu ideário ideológico.

Apesar de não se constituir em um "direito" propriamente dito, a Constituição listou o partido político no seu Título II ("Direitos e Garantias Fundamentais"). Isso ocorre pelas seguintes razões: 1ª) a menção no art. 1º, parágrafo único, da CF/88 de que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos" implica a existência de um vínculo entre os eleitores e o eleito denominado *representação política;* 2ª) em seguida, a Constituição considera que não é possível candidatura política avulsa: todos os que almejam ser representantes políticos têm que se filiar a um partido político. A Constituição de 1988

criou, então, uma "democracia partidária" ou "partidocracia", por meio da qual se instalou um "vínculo tricotômico absolutamente necessário: eleitores, candidatos e partidos políticos" (ADI 3.999, Rel. Min. Joaquim Barbosa, passagem de voto do Min. Carlos Brito).

Esse vínculo entre partido político e os direitos políticos foi consagrado nas decisões do Poder Judiciário brasileiro sobre a chamada "*infidelidade partidária*", que consiste na saída imotivada de um mandatário do partido pelo qual foi eleito (cargo proporcional ou majoritário, sem distinção). Para o Supremo Tribunal Federal, o mandatário eleito vincula-se a determinado partido político, a cujo programa e ideário se subordinou. Essa *ruptura dos vínculos de caráter partidário* provocada pela saída do mandatário *sem justa causa* do partido pelo qual se elegeu "subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e frauda, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores" (Voto do Min. Celso de Mello, STF, MS 26.603-1/DF).

A Resolução n. 22.610/97 do TSE dispõe sobre as hipóteses de justa causa: a) criação de um novo partido; b) incorporação ou fusão de partidos; c) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário (foi o partido quem "traiu"); e d) grave discriminação pessoal (espécie de *bullying* partidário contra o político, que reage saindo do partido). A consequência de saída sem justa causa é a perda do mandato.

Além disso, a menção aos "partidos políticos" inserida em um Título referente a "direitos e garantias fundamentais" realça a importância do partido para o exercício dos direitos políticos e da democracia, *afastando o fantasma das restrições aos partidos* criadas pela ditadura militar brasileira.

Essas restrições levaram, por exemplo, ao *bipartidarismo forçado* imposto pela ditadura (na época, só eram permitidos dois partidos – a Aliança de Renovação Nacional, Arena, governista, e o Movimento Democrático Brasileiro – MDB). A Constituição de 1988 acata o *pluralismo político* como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, V), impedindo restrições indevidas à liberdade de criação de partidos (que hoje já alcançam o número de 30).

Porém, a própria Constituição *impõe aos partidos os seguintes condicionantes*: o (i) respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana; (ii) caráter nacional; (iii) é vedado o recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes e também é (iv) vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

2.5.5. Direitos coletivos, difusos e os direitos individuais de expressão coletiva

Inicialmente, denominamos *direitos coletivos em sentido amplo* todos os direitos que, indivisíveis ou não, regem *situações que atingem um agrupamento de pessoas*. Esse gênero (direito coletivo em sentido amplo) é dividido em (i) direitos difusos, (ii) direitos coletivos em sentido estrito, (iii) direitos individuais homogêneos.

Os *direitos difusos* são aqueles *direitos transindividuais de natureza indivisível*, que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas *circunstâncias de fato*. Já

os *direitos coletivos em sentido estrito* consistem em *direitos transindividuais, de natureza indivisível*, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma *relação jurídica base*.

A característica fundamental dos direitos difusos é a *indeterminabilidade* dos titulares, ao contrário dos direitos coletivos em sentido estrito, cujos titulares são *determinados ou determináveis* justamente pela vinculação a uma relação jurídica base. Como exemplo de direito difuso de titularidade indeterminada (toda a coletividade social), o STF reconheceu que o direito à "integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social" (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, *DJ* de 17-11-1995).

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos são *direitos pertencentes a vários indivíduos distintos*, não tendo natureza indivisível mas que possuem a *mesma origem comum*. Eles se constituem, pela origem comum, em subespécie de direitos coletivos em sentido amplo (STF, RE 163.231/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento de 26-2-1997).

Finalmente, há *direitos individuais de expressão coletiva*, que são aqueles direitos individuais que só têm existência na junção de vontades de vários indivíduos, como, por exemplo, as liberdades de reunião e de associação[9].

A Constituição de 1988 não é unívoca na conceituação desses direitos: de início faz menção a "direitos coletivos" (Capítulo I do Título II); depois, refere-se a "interesses" na parte referente ao Ministério Público (arts. 127, *caput,* e 129, III); usa, ainda, indistintamente "direitos e interesses" no que tange aos sindicatos (art. 8º, III) e Ministério Público (art. 129, V).

2.5.6. Os deveres individuais e coletivos

O Capítulo I do Título II da Constituição de 1988 faz referência a "deveres individuais e coletivos". O dever é uma *sujeição* imputada a um indivíduo (dever individual), agrupamento de indivíduos ou ao Estado (deveres coletivos), para satisfação de interesses alheios. Há duas concepções a respeito dos deveres no campo dos direitos humanos.

A primeira é a concepção de dever em sentido amplo pelo qual os direitos humanos acarretam o *dever* de proteção do Estado, que não pode omitir-se e permitir que terceiros violem direitos essenciais e também geram *o dever geral dos particulares em não violar os direitos de outros* (eficácia dos direitos humanos em face dos particulares). Essa proteção exige atividades de cunho legislativo, administrativo e jurisdicional do Estado, sendo reflexo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Na Constituição de 1988, os deveres de proteção de direitos fundamentais são *explícitos*, como o baseado no art. 5º, XLI ("a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"), e *implícitos,* que advêm da própria estipulação de um direito, gerando o dever correlato do Estado em protegê-lo e dos particulares em não violá-lo. Assim, a estipulação do direito à vida acarreta o dever implícito do Estado de criar mecanismos de

proteção, bem como dos particulares de não violá-lo indevidamente.

A segunda concepção é o *dever em sentido estrito,* que implica reconhecer determinadas condutas obrigatórias, a agentes públicos e particulares, previstas na Constituição e em tratados, consideradas indispensáveis para a preservação de determinado direito fundamental. No caso da Constituição de 1988, cabe citar, em relação aos agentes públicos, o dever de respeitar a integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX); o dever de comunicar a prisão e o local onde se encontre o detido imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII); o dever de informar aos presos de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII); o dever de informar ao preso a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, LXIV), o dever de relaxar imediatamente a prisão ilegal (art. 5º, LXV), o dever de não prender nenhum indivíduo quando a lei admitir a liberdade. Quanto aos particulares, há deveres específicos, como o de prestar o serviço militar ou civil alternativo (art. 143), bem como o dever de votar (art. 14, § 1º, I), entre outros.

2.6. A CLASSIFICAÇÃO PELA FORMA DE RECONHECIMENTO

A produção normativa dos direitos humanos é intensa: há variado labor legislativo e também reconhecimento judicial de novos direitos, tanto na esfera nacional quanto na internacional. No Brasil, esse *marco plural dos direitos humanos é uma realidade.* A inflação de direitos humanos passa a ser um fenômeno corriqueiro, em face das contínuas e incessantes demandas sociais, que são canalizadas para o Congresso Nacional (pela via da aprovação de emendas constitucionais), para o Estado como um todo (pela via da ratificação e incorporação interna de tratados de direitos humanos) e finalmente para o Judiciário (reconhecimento de novos direitos pela via da interpretação dos juízes). Fica patente a *abertura* do rol de direitos humanos, marcada, no Brasil, pelo princípio da não exaustividade, pelo qual os direitos expressamente previstos na Constituição não excluem outros implícitos ao regime e princípios constitucionais nem outros decorrentes dos tratados celebrados pelo Brasil.

Com isso, classificamos os direitos, de acordo com a forma de reconhecimento, em *direitos expressos, direitos implícitos* e *direitos decorrentes.*

De início, há os direitos expressos, que são aqueles explicitamente mencionados na Constituição. No Brasil, é possível identificar direitos oriundos diretamente da Constituição e de suas Emendas Constitucionais, como, por exemplo, o "direito à moradia", incluído no art. 6º pela EC n. 26/2000, ou ainda o novo "direito à alimentação", no mesmo art. 6º, introduzido pela EC n. 64/2010.

Também é possível identificar direitos *implícitos*, que são aqueles extraídos pelo Poder Judiciário de normas gerais previstas na Constituição ou ainda de direitos de formulação genérica. No Brasil, o STF já reconheceu o direito fundamental do contribuinte à anualidade tributária (extraído pelo STF do direito à segurança jurídica) e o direito fundamental do eleitor a anualidade eleitoral.

Finalmente, há os *direitos decorrentes* oriundos dos tratados de direitos humanos, como, por exemplo, os direitos previstos na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das

Pessoas com Deficiência, de estatura constitucional, pois aprovada no Congresso Nacional sob o rito especial do art. 5º, § 3º. Veremos, no capítulo próprio, o estatuto normativo dos tratados de direitos humanos.

QUADRO SINÓTICO

Classificação dos direitos humanos	
Teoria do status	• Desenvolvida no final do século XIX por Jellinek. • Contexto: repúdio ao "jusnaturalismo" dos direitos humanos; ideia de que os direitos humanos devem ser traduzidos em normas jurídicas estatais para que possam ser garantidos e concretizados, com garantias a serem invocadas ante o ordenamento estatal. • Classificação do indivíduo perante o Estado (classificação pautada no reconhecimento do caráter positivo dos direitos e na verticalidade): • estado de submissão (*status subjectionis* ou *status* passivo): posição de subordinação em face do Estado; • *status* negativo (*status libertatis*): conjunto de limitações à ação do Estado voltados para o respeito dos direitos do indivíduo; • *status* positivo (*status civitatis*): conjunto de pretensões do indivíduo para invocar a atuação do Estado em prol dos seus direitos; • *status* ativo (*status activus*): conjunto de prerrogativas e faculdades que o indivíduo possui para participar da formação da vontade do Estado, refletindo no exercício de direitos políticos e no direito de aceder aos cargos em órgãos públicos; ampliação para o *status activus processualis (Häberle)*.

Teoria das gerações ou dimensões	• Desenvolvida por Karel Vasak (1979). • Cada geração foi associada a um dos componentes do dístico da Revolução Francesa: "liberdade, igualdade, fraternidade". • Gerações: • 1ª: direitos de liberdade; direitos individuais; direitos civis e políticos; direitos às prestações negativas, em que o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo – papel passivo do Estado; • 2ª: direitos de igualdade; direitos econômicos, sociais e culturais – vigoroso papel ativo do Estado; • 3ª: direitos de solidariedade; direitos de titularidade da comunidade; • 4ª (concebida apenas no século XX): direitos resultantes da globalização dos direitos humanos. • Críticas à teoria geracional: • Transmite, de forma errônea, o caráter de substituição de uma geração por outra; • Enumeração de gerações pode dar a ideia de antiguidade ou posteridade de um rol de direitos em relação a outros; • Apresenta os direitos humanos de forma fragmentada e ofensiva à indivisibilidade dos direitos humanos; • Dificulta as novas interpretações sobre o conteúdo dos direitos.

<table>
<tr><td>Classificação pelas funções</td><td>• Direitos de defesa: conjunto de prerrogativas do indivíduo voltada para defender determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público ou mesmo outro particular, assegurando: 1) que uma conduta não seja proibida; 2) que uma conduta não seja alvo de interferência ou regulação indevida por parte do Poder Público; e 3) que não haja violação ou interferência por parte de outro particular. Além disso, asseguram a pretensão de consideração e o dever de proteção. São divididos em três subespécies:
• direitos ao não impedimento;
• direitos ao não embaraço;
• direitos a não supressão de determinadas situações jurídicas.
• Direitos a prestações: aqueles que exigem uma obrigação estatal de ação, para assegurar a efetividade dos direitos humanos. As prestações podem ser divididas em:
• prestações jurídicas: realizadas pela elaboração de normas jurídicas que disciplinam a proteção de determinado direito;
• prestações positivas: intervenção do Estado provendo determinada condição material para que o indivíduo frua adequadamente seu direito.
• Direitos a procedimentos e instituições: têm como função exigir do Estado que estruture órgãos e corpo institucional apto, por sua competência e atribuição, a oferecer bens ou serviços indispensáveis à efetivação dos direitos humanos.</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td>Classificação pela finalidade</td><td>• Direitos propriamente ditos: dispositivos normativos que visam o reconhecimento jurídico de pretensões inerentes à dignidade de todo ser humano.
• Garantias fundamentais: previsões normativas que asseguram a existência desses direitos propriamente ditos; são instrumentais, uma vez que visam assegurar a fruição dos direitos. Classificações das garantias fundamentais:
• Garantias em sentido amplo/garantias institucionais (conjunto de meios de índole institucional e organizacional que visa assegurar a efetividade e observância dos direitos humanos) e garantias em sentido estrito (remédios fundamentais; conjunto de ações processuais destinadas a proteger os direitos essenciais dos indivíduos).
• Quanto à origem: garantias nacionais ou garantias internacionais.</td></tr>
</table>

Classificação adotada na Constituição de 1988	• *Direitos individuais*: consistem no conjunto de direitos cujo conteúdo impacta somente a esfera de interesse protegido de um indivíduo. • *Direitos sociais*: conjunto de faculdades e posições jurídicas pelas quais um indivíduo pode exigir prestações do Estado ou da sociedade ou até mesmo a abstenção de agir, tudo para assegurar condições materiais mínimas de sobrevivência. • *Direitos de nacionalidade*, sendo a nacionalidade definida como o vínculo jurídico entre determinada pessoa, denominada *nacional*, e um *Estado*, pelo qual são estabelecidos direitos e deveres recíprocos. • *Direitos políticos*: constituem um conjunto de direitos de participação na formação da vontade do poder. • *Partidos políticos*: associações de pessoas, de natureza de direito privado no Brasil, criadas para assumir o poder e realizar seu ideário ideológico. • *Direitos coletivos*: • Direitos difusos: direitos transindividuais de natureza indivisível, que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato. • Direitos coletivos em sentido estrito: direitos metaindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. • Direitos individuais homogêneos: são direitos pertencentes a vários indivíduos, mas que possuem a mesma origem comum, constituindo-se, pela origem comum, em subespécie de direitos coletivos em sentido amplo. • Direitos individuais de expressão coletiva: são direitos individuais que só têm existência na junção de vontades de vários indivíduos, como, por exemplo, as liberdades de reunião e de associação.

Deveres individuais e coletivos	• Dever é uma *sujeição* imputada a um indivíduo (dever individual), agrupamento de indivíduos ou ao Estado (deveres coletivos), para satisfação de interesses alheios. • *Dever em sentido amplo*: os direitos humanos acarretam o dever de proteção do Estado, que não se pode omitir e permitir que terceiros violem direitos essenciais, bem como dever dos particulares de não violar os direitos de outros (eficácia dos direitos humanos em face dos particulares). • *Dever em sentido estrito*: implica reconhecer determinadas condutas obrigatórias, a agentes públicos e particulares, previstas na Constituição e em tratados, consideradas indispensáveis para a preservação de determinado direito fundamental.
Classificação pela forma de reconhecimento	• *Direitos expressos*: direitos explicitamente mencionados na Constituição. • *Direitos implícitos*: extraídos pelo Poder Judiciário de normas gerais previstas na Constituição. • *Direitos decorrentes*: oriundos dos tratados de direitos humanos.

3. Dignidade humana

3.1. CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA E SEUS ELEMENTOS

A Constituição de 1988 estabelece que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a "*dignidade da pessoa humana*" (art. 1º, III). Além disso, o texto constitucional brasileiro afirma que toda a ação econômica tem como finalidade assegurar a todos uma *existência digna* (art. 170)[10]. Por sua vez, no art. 226, § 7º, ficou determinado que o planejamento familiar é livre decisão do casal fundado no princípio da *dignidade da pessoa humana*. Já o art. 227 determina que cabe à família, à sociedade e ao Estado assegurar a *dignidade* à criança, ao adolescente e ao jovem. No art. 230, a Constituição de 1988 prevê que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua *dignidade* e bem-estar.

No plano internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece, já no seu preâmbulo, a *necessidade de proteção da dignidade humana* por meio da proclamação dos direitos elencados naquele diploma, estabelecendo, em seu art. 1º que "todos os seres humanos nascem livres e iguais, em *dignidade* e direitos". Os dois Pactos Internacionais (sobre direitos civis e políticos e o sobre direitos sociais, econômicos e culturais) da Organização das Nações Unidas têm idêntico reconhecimento, no preâmbulo, da "*dignidade* inerente a todos os membros da família humana". A Convenção Americana de Direitos Humanos exige o respeito devido à "dignidade inerente ao ser humano" (art. 5º). Já Convenção Europeia de Direitos Humanos, em que pese não possuir tal menção à dignidade humana, foi já interpretada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no sentido de que a "dignidade e a liberdade do homem são a essência da própria Convenção"[11]. No plano

comunitário europeu, a situação não é diferente. Simbolicamente, a dignidade humana está prevista no art. 1º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (atualizada em 2007), que determina que a dignidade do ser humano é inviolável, devendo ser respeitada e protegida.

A raiz da palavra “dignidade” vem de *dignus*, que ressalta aquilo que possui honra ou importância. Com São Tomás de Aquino, há o reconhecimento da *dignidade humana,* qualidade inerente a todos os seres humanos, que nos separa dos demais seres e objetos. São Tomás de Aquino defende o conceito de que a pessoa é uma substância individual de natureza racional, centro da criação pelo fato ser imagem e semelhança de Deus. Logo, o intelecto e a semelhança com Deus geram a dignidade que é inerente ao homem, como espécie.

Para Kant, tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*: aquilo que tem um preço é *substituível* e tem equivalente; já aquilo que *não admite equivalente*, possui uma dignidade. Assim, as coisas possuem preço; os indivíduos possuem *dignidade*[12]. Nessa linha, a dignidade da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo *preço*. Consequentemente, o ser humano tem o direito de ser respeitado pelos demais e também deve reciprocamente respeitá-los.

Assim, a *dignidade humana* consiste na *qualidade* intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência[13]. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc.

Tanto nos diplomas internacionais quanto nacionais, a dignidade humana é inscrita como princípio geral ou fundamental, mas não como um direito autônomo. De fato, a dignidade humana é uma categoria jurídica que, por estar na origem de todos os direitos humanos, confere-lhes *conteúdo ético*. Ainda, a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer.

Diferentemente do que ocorre com direitos como liberdade, igualdade, entre outros, a dignidade humana não trata de um aspecto particular da existência, mas sim de uma *qualidade* inerente a todo ser humano, sendo um *valor* que identifica o ser humano como tal. Logo, o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção.

Há dois elementos que caracterizam a dignidade humana: o elemento positivo e o elemento negativo. O *elemento negativo* consiste na proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou ainda discriminação odiosa a um ser humano. Por isso, a própria Constituição dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III) e ainda determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI).

Já o *elemento positivo* do conceito de dignidade humana consiste na defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada ser humano. Nesse sentido, a Constituição estabelece que a nossa ordem econômica tem “por fim assegurar a todos existência digna” (art. 170, *caput*).

Na mesma linha, há aqueles que defendem que o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana é composto pelo *mínimo existencial*, que consiste em um "conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade". Para compor esse mínimo existencial indispensável à promoção da dignidade humana, é necessário, na lição de Barcellos, levar em consideração a implementação dos direitos à educação básica, à saúde, à assistência social e acesso à justiça (com a prestação da assistência jurídica gratuita integral)[14]. Por sua vez, Maria Celina Bodin de Moraes assinala que o conteúdo da dignidade humana pode ser composto por quatro princípios: o da igualdade, integridade física e psíquica, liberdade e solidariedade[15].

Existem dois deveres impostos ao Estado para proteger a dignidade humana. O *dever de respeito* que consiste na imposição de limites à ação estatal, ou seja, é a dignidade um *limite* para a ação dos poderes públicos. Há também o *dever de garantia*, que consiste no conjunto de ações de promoção da dignidade humana por meio do fornecimento de condições materiais ideais para seu florescimento.

3.2. USOS POSSÍVEIS DA DIGNIDADE HUMANA

É possível identificar *quatro* usos habituais da *dignidade humana* na jurisprudência brasileira. O *primeiro uso* é na *fundamentação* da *criação jurisprudencial de novos direitos,* também denominado *eficácia positiva* do princípio da dignidade humana. Por exemplo, o STF reconheceu o "direito à busca da felicidade", sustentando que este *resulta* da *dignidade humana*: "O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que *deriva* do princípio da essencial *dignidade da pessoa humana*" (RE 477.554 – Recurso Extraordinário, Rel. Celso de Mello, Informativo n. 635). Gilmar Mendes defende que, para se reconhecer um *novo direito fundamental*, deve ser provado um *vínculo* com a dignidade humana (a chamada *derivação direta*) ou pelo menos ser o novo direito vinculado a direito por sua vez decorrente da dignidade humana (*derivação indireta*)[16].

Um *segundo uso* é o da formatação da *interpretação adequada* das características de um determinado direito. Por exemplo, o STF reconheceu que o direito de acesso à justiça e à prestação jurisdicional do Estado deve ser célere, pleno e eficaz. Para o STF, então: "A prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o *princípio da dignidade humana*, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz" (Rcl 5.758, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-5-2009, Plenário, *DJE* de 7-8-2009).

O *terceiro uso* é o de criar *limites à ação do Estado*. É a chamada *eficácia negativa* da dignidade humana. Por exemplo, a dignidade humana foi repetidamente invocada para traçar limites ao *uso desnecessário de algemas* em vários casos no STF. Para o Min. Marco Aurélio: "Diante disso, indaga-se: surge harmônico com a Constituição mantê-lo, no recinto, com algemas? A resposta mostra-se iniludivelmente negativa (...) a deficiência da estrutura do Estado não autorizava o desrespeito à *dignidade* do envolvido" (HC 91.952, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-8-2008, Plenário, *DJE* de 19-12-2008). O uso de tortura por agentes do Estado foi também veementemente reprimido pelo STF, que assim se pronunciou: "A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete –

enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a *dignidade*, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo" (HC 70.389, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-6-1994, Plenário, *DJ* de 10-8-2001).

O *quarto uso* é a utilização da dignidade humana para *fundamentar* o *juízo de ponderação* e escolha da prevalência de um direito em prejuízo de outro. Por exemplo, o STF utilizou a *dignidade humana* para fazer *prevalecer* o direito à informação genética em detrimento do direito à segurança jurídica, afastando o trânsito em julgado de uma ação de investigação de paternidade. Para o STF, então: "O princípio da segurança jurídica não seria, portanto, absoluto, e que não poderia prevalecer em detrimento da *dignidade da pessoa humana*, sob o prisma do acesso à informação genética e da personalidade do indivíduo. Assinalou não se poder mais tolerar a prevalência, em relações de vínculo paterno-filial, do fictício critério da verdade legal, calcado em presunção absoluta, tampouco a negativa de respostas acerca da origem biológica do ser humano, uma vez constatada a evolução nos meios de prova voltados para esse fim" (RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 7-4-2011, Plenário, Informativo 622, com repercussão geral.) Quanto à liberdade de expressão, o STF pronunciou-se sobre a proibição de discursos antissemitas, pois a *dignidade* da pessoa humana não é compatível com discursos de preconceito e incitação de ódio e condutas hostis contra determinados grupos. Para o STF, "o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da *dignidade da pessoa humana* e da igualdade jurídica" (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004).

Em outro caso emblemático, o STF recusou fazer prevalecer o direito à verdade e à justiça em detrimento do direito dos criminosos ao perdão e à anistia (contrariando, como veremos em capítulo próprio, a posição consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos). Para o STF, então: "Sem de qualquer modo negar o que diz a arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço (o que subscrevo), tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana" (ADPF 153, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, *DJE* de 6-8-2010).

Também no tocante ao uso da dignidade humana como *fundamento genérico* na escolha da prevalência de um direito, o STF determinou a prevalência do direito à integridade física, recusando a realização compulsória (mesmo contra a vontade do presumido pai) do exame de DNA. Para o STF: "Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da *dignidade humana* (...) provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA" (HC 71.373, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10-11-1994, Plenário, *DJ* de 22-11-1996). Finalmente, o juízo de ponderação e o uso da dignidade humana para fundamentar a posição a favor de um direito (em detrimento do outro) ficou evidente no caso

da proibição da prova ilícita, tendo o STF decidido que: "A Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da *dignidade humana*, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita" (HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 16-12-1999, Plenário, *DJ* de 16-5-2003).

Assim, o valor da dignidade humana, içado ao posto de princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), impõe-se como *valor central* de todo o nosso ordenamento jurídico, sendo considerado por José Afonso da Silva o *epicentro axiológico do nosso ordenamento constitucional*[17], indispensável para orientar o trabalho do intérprete do Direito e do aplicador da lei.

Por outro lado, o uso abusivo e retórico da "dignidade humana" pode *banalizar* esse conceito, *dificultando* a aferição da racionalidade da tomada de decisão pelo Poder Judiciário em especial no que tange ao juízo de ponderação entre direitos em colisão.

QUADRO SINÓTICO

Conceito de dignidade humana e conteúdo ético dos direitos humanos	
Conceito de dignidade humana	• Raiz da palavra: *dignus*, que ressalta aquilo que possui honra ou importância. • São Tomás de Aquino: reconhecimento da *dignidade humana,* qualidade inerente a todos os seres humanos, que nos separa dos demais seres e objetos. O intelecto e a semelhança com Deus geram a dignidade que é inerente ao homem, como espécie. • Kant: a dignidade da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo preço. • Sarlet e Peres Luño: dignidade humana como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. • Nos diplomas internacionais e nacionais, a dignidade humana é inscrita como princípio geral ou fundamental, mas não como um direito autônomo. Trata-se de uma categoria jurídica que, por estar na origem de todos os direitos humanos, lhes confere *conteúdo ético.* Ainda, a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer. Não trata de um aspecto particular da existência, mas de uma qualidade inerente a todo ser humano, sendo um valor que o identifica como tal. • Dessa forma, o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção.

Elementos que caracterizam a dignidade humana	• Elemento positivo: defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada ser humano. • Elemento negativo: consiste na proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou ainda discriminação odiosa a um ser humano. Deveres impostos ao Estado para proteger a dignidade humana: dever de respeito (*limite* para a ação dos poderes públicos) e dever de garantia (conjunto de ações de promoção da dignidade humana por meio do fornecimento de condições materiais ideais para seu florescimento).
Usos habituais da dignidade humana na jurisprudência brasileira	• Fundamentação da criação jurisprudencial de novos direitos (eficácia positiva do princípio da dignidade humana). • Formatação da interpretação adequada das características de um determinado direito. • Criação de limites à ação do Estado (eficácia negativa do princípio da dignidade humana). • Fundamentação do juízo de ponderação e escolha da prevalência de um direito em prejuízo de outro.

4. Os fundamentos dos direitos humanos

4.1. O FUNDAMENTO JUSNATURALISTA

4.1.1. O jusnaturalismo de origem religiosa e o de origem racional

O *jusnaturalismo* é uma corrente do pensamento jurídico segundo a qual existe um conjunto de normas vinculantes anterior e superior ao sistema de normas fixadas pelo Estado (direito posto). Na seara dos direitos humanos, é possível identificar uma visão jusnaturalista já na Antiguidade, simbolizada na peça de teatro *Antígona* de Sófocles (421 a.C., parte da chamada Trilogia Tebana). A personagem principal da peça, Antígona, recusa-se a obedecer as ordens do rei, afirmando que as leis dos homens não podem sobrepor-se às leis eternas dos deuses.

Na Idade Média, o jusnaturalismo é incentivado pela visão religiosa de São Tomás de Aquino, para quem a *lex humana* deve obedecer a *lex naturalis,* que era fruto da razão divina, mas perceptível aos homens. No plano internacional, Hugo Grotius, considerado um dos fundadores do Direito Internacional e iniciador da teoria do *direito natural moderno*, sustentava, no século XVI, a *existência de um conjunto de normas ideais, fruto da razão humana*. Fica aqui o limite aos direitos positivados, pois o direito dos legisladores humanos só seria válido quando compatível com os mandamentos daquela lei imutável e eterna.

Nos séculos XVII e XVIII, a corrente jusnaturalista de Grotius impõe a consagração da razão e laicidade das normas de direito natural. Os iluministas, em especial Locke e Rousseau, fundam a corrente do *jusnaturalismo contratualista*, que aprofunda o racionalismo e o individualismo. A *razão* é fonte de direitos inerentes ao ser humano, afirmando-se a prevalência dos direitos dos indivíduos em face do Estado. Essa supremacia dos direitos

humanos é fundada em um *contrato social* realizado por todos os indivíduos na comunidade humana, que impõe a proteção desses direitos e limita o arbítrio do Estado. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, documento marcante dessa visão dos direitos humanos, de 1789, estabelece que "o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis" de todo ser humano. Na visão do contratualismo liberal de direito natural, os direitos humanos são *direitos atemporais, inerentes à qualidade de homem de seus titulares*[18]. Para mencionar um exemplo desse legado teórico, cite-se a primeira afirmação da longeva Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pela qual todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, o que é assemelhado à frase inicial de Rousseau no clássico *Do contrato social*, na qual afirmou que o homem nasceu livre[19].

O traço marcante da corrente jusnaturalista (de origem religiosa ou contratualista) de direitos humanos é o seu *cunho metafísico*, pois se funda na existência de um direito preexistente ao direito produzido pelo homem, oriundo de Deus (escola de direito natural de razão divina) ou da natureza inerente do ser humano (escola de direito natural moderno). Consequentemente, o ser humano é titular de direitos que devem ser assegurados pelo Estado em virtude tão somente de sua *condição humana,* mesmo em sobreposição às leis estatais. O direito de resistência é um exemplo dessa irresignação da corrente jusnaturalista com os direitos postos pelo Estado. Por isso, as primeiras Declarações de Direitos (Virgínia, 1776 e Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789) reconheceram o direito humano de resistência à opressão (ver, respectivamente, seus arts. 3º e 2º). A Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948) também fez menção, no seu preâmbulo, ao direito à rebelião contra a tirania e a opressão.

Para determinados autores, os direitos humanos seriam, então, os equivalentes contemporâneos dos direitos naturais. Para Maritain e outros, os direitos humanos são consequência da afirmação dos ideais jusnaturalistas[20]. Apesar da sua influência sentida até hoje nos contemporâneos diplomas normativos internacionais de direitos humanos, o jusnaturalismo sofreu pela falta de comprovação de direitos inerentes à natureza do homem. Pelo contrário, em relação à própria revelação, pela razão humana, do conteúdo dos direitos humanos, há de se recordar a existência de variados conteúdos de tais direitos, a depender dos valores de cada contexto histórico. A história mostra que os direitos humanos são direitos conquistados, sendo até possível que um direito consagrado seja, após, retirado do catálogo de direitos protegidos.

4.1.2. O jusnaturalismo de direitos humanos no Direito Internacional e no STF

Apesar do reconhecimento do caráter histórico dos direitos humanos, o recurso à fundamentação *jusnaturalista* é perceptível até hoje.

No Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Declaração de Viena de 1993, emitida ao final da 2ª Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, dispôs, no parágrafo 1º da Parte I, que "os direitos humanos e as liberdades fundamentais são *direitos naturais* de todos os seres humanos".

Também no Supremo Tribunal, há clara influência da tradição *jusnaturalista* de percepção

de direitos inerentes e mesmo não escritos ou não positivados.

Um caso célebre foi o reconhecimento, pelo Ministro Celso de Mello, da existência de um "bloco de constitucionalidade" *material*, que seria o conjunto de normas de *estatura constitucional* composto pelas normas expressas da Constituição e normas implícitas e valores do direito natural. Nas palavras do Ministro Celso de Mello: "cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no *direito natural* e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado" (ADI 595/ES, Rel. Celso de Mello, 2002, decisão publicada no *DJU* de 26-2-2002. Também disponível no Informativo n. 258 do STF).

O reconhecimento de direitos não expressos é feito para justificar efeitos ainda não previstos de determinado direito fundamental. Por exemplo, reconhecido o caráter de "direito natural" do direito de greve (inerente a toda prestação de trabalho, público ou privado), o STF decidiu que não cabe o não pagamento dos salários. Eventual compensação ao patrão pela ausência do trabalho deve ser feita *após* o encerramento da greve. Para o STF, então, "Em síntese, na vigência de toda e qualquer relação jurídica concernente à prestação de serviços, é irrecusável o direito à greve. E este, porque ligado à *dignidade do homem* – consubstanciando expressão maior da liberdade a recusa, ato de vontade, em continuar trabalhando sob condições tidas como inaceitáveis –, merece ser enquadrado entre os *direitos naturais*. Assentado o caráter de *direito natural da greve*, há de se impedir práticas que acabem por negá-lo (...) consequência da perda advinda dos dias de paralisação há de ser definida uma vez cessada a greve. Conta-se, para tanto, com o mecanismo dos descontos, a elidir eventual enriquecimento indevido, se é que este, no caso, possa se configurar" (STF, Decisão monocrática da Presidência, SS 2061 AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Presidente, julgamento em 30-10-2001).

O *direito natural foi ainda utilizado para reconhecer os direitos novos*, como o "direito à fuga", não positivado na Constituição ou nos tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil. Para o STF (com especial relevo nos votos do Min. Marco Aurélio[21]), a "fuga é um *direito natural* dos que se sentem, por isso ou por aquilo, alvo de um ato discrepante da ordem jurídica, pouco importando a improcedência dessa visão, longe ficando de afastar o instituto do excesso de prazo" (RHC 84.851/BA, Recurso em *Habeas Corpus*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 1º-3-2005). Ou, ainda, "a fuga não pode ser considerada como fator negativo, tendo em vista consubstanciar direito natural" (HC 73.491/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 2-4-1996).

O *direito natural serviu ainda para ampliar direito previsto na Constituição*, como foi o caso da previsão constitucional do direito ao preso de "permanecer calado" (art. 5º, LXIII), que foi transformado pelo STF ao longo dos anos em um direito de não se autoincriminar e não colaborar nas investigações criminais. Para o STF, "o *direito natural* afasta, por si só, a possibilidade de exigir-se que o acusado colabore nas investigações. A garantia constitucional

do silêncio encerra que ninguém está compelido a autoincriminar-se. Não há como decretar a preventiva com base em postura do acusado reveladora de não estar disposto a colaborar com as investigações e com a instrução processual" (HC 83.943/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 27-4-2004).

Outro direito ampliado pela fundamentação de *direito natural* foi o direito de defesa. O STF invocou o direito natural para ampliar o conceito de autodefesa e impedir que o acusado fosse prejudicado por não admitir a culpa ou mentir (atribuindo a terceiro a autoria). Para o STF, "a autodefesa consubstancia, antes de mais nada, direito natural. O fato de o acusado não admitir a culpa, ou mesmo atribuí-la a terceiro, não prejudica a substituição da pena privativa do exercício da liberdade pela restritiva de direitos, descabendo falar de 'personalidade distorcida'" (HC 80.616, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 18-9-2001, Primeira Turma, *DJ* de 12-3-2004).

QUADRO SINÓTICO

O fundamento jusnaturalista
• Jusnaturalismo: corrente do pensamento jurídico segundo a qual existe um conjunto de normas vinculantes anterior e superior ao sistema de normas fixadas pelo Estado (direito posto). • Na Antiguidade, é possível identificar uma visão jusnaturalista na peça de teatro Antígona de Sófocles. • Na Idade Média, é incentivado pela visão religiosa de São Tomás de Aquino, para quem a *lex humana* deve obedecer a *lex naturalis*, que era fruto da razão divina, mas perceptível aos homens. • No plano internacional, Hugo Grotius sustentava, no século XVI, a existência de um conjunto de normas ideais, fruto da razão humana. Nos séculos XVII e XVIII, essa corrente jusnaturalista impõe a consagração da razão e laicidade das normas de direito natural. • Os iluministas (em especial Locke e Rousseau) fundam a corrente do jusnaturalismo contratualista, que aprofunda o racionalismo e o individualismo. Os direitos humanos são concebidos como direitos atemporais, inerentes à qualidade de homem de seus titulares. • Traço marcante da corrente jusnaturalista, de origem religiosa ou contratualista: cunho metafísico, pois se funda na existência de um direito preexistente ao direito produzido pelo homem, oriundo de Deus (escola de direito natural de razão divina) ou da natureza inerente do ser humano (escola de direito natural moderno). • O recurso à fundamentação jusnaturalista é perceptível até hoje no Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como no Supremo Tribunal Federal.

4.2. O POSITIVISMO NACIONALISTA

A consolidação do Estado *constitucional*, fruto das revoluções liberais oitocentistas, inseriu os direitos humanos tidos como naturais (jusnaturalismo de direitos humanos) no corpo das Constituições e das leis, sendo agora considerados direitos *positivados*.

Lentamente, até mesmo *a terminologia foi alterada*: muitos autores, como vimos acima,

reservam o termo "direitos humanos" para o plano *internacional* e utilizam o termo "direitos fundamentais" para denominar os direitos essenciais positivados no plano interno e, em especial, nas Constituições.

A Escola positivista, de forte influência ao longo dos séculos XIX e XX, traduziu a ideia de um ordenamento jurídico produzido pelo homem, de modo coerente e hierarquizado. No topo do sistema jurídico, existiria a Constituição, pressuposto de validade de todas as demais normas do ordenamento. Os direitos humanos foram inseridos na Constituição, obtendo um estatuto normativo superior.

Para a Escola Positivista, o fundamento dos direitos humanos consiste na *existência* da norma posta, cujo pressuposto de validade está em sua edição conforme as regras estabelecidas na Constituição. Assim, os direitos humanos justificam-se graças a sua validade formal e sua previsão no ordenamento posto. O universalismo proposto pela corrente jusnaturalista e retratado na ideia de que todos os indivíduos possuem direitos *inerentes* foi sacrificado, sendo a ideia de "direitos inerentes" substituída pela ideia dos "direitos reconhecidos e positivados pelo Estado". Na vertente original do século XIX até meados do século XX, a positivação dos direitos humanos é *nacional:* o *positivismo nacionalista*, então, exige que os direitos sejam prescritos em normas internas para serem exigíveis em face do Estado ou de outros particulares.

O *risco* aos direitos humanos gerado pela adoção do *positivismo nacionalista* é visível, no caso de as normas locais (inclusive as constitucionais) não protegerem ou reconhecerem determinado direito ou categoria de direitos humanos. O *exemplo nazista* mostra a insuficiência da fundamentação positivista nacionalista dos direitos humanos[22]. Para Comparato, "sua validade deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal, ainda que esta se baseie numa Constituição. A importância dos direitos humanos é tanto maior quanto mais louco ou celerado for o Estado"[23].

A história da positivação nacional dos direitos humanos é, então, um processo inacabado, no qual a imperfeição das regras legais ou constitucionais de respeito aos direitos humanos revela a manutenção de injustiças ou a criação de novas.

A divergência entre os jusnaturalistas e os positivistas não reside no reconhecimento ou não da existência de certos princípios de moral e justiça passíveis de revelação pela razão humana (mesmo que tenham origem divina). *A divergência entre as duas Escolas jurídicas reside, sim, na defesa, pela Escola jusnaturalista, da superioridade de normas não escritas e inerentes a todos os seres humanos, reveladoras da justiça, em face de normas postas incompatíveis*. Para os positivistas nacionalistas, essas normas reveladoras da justiça não pertencem ao ordenamento jurídico, inexistindo qualquer choque ou antagonismo com a norma posta. Para Hart, a moral e as regras de justiça podem sim influenciar a formação do Direito no momento da produção legislativa e também no momento do desempenho da atividade judicial[24].

QUADRO SINÓTICO

O positivismo nacionalista

• A consolidação do Estado constitucional, fruto das revoluções liberais oitocentistas, inseriu os direitos humanos tidos como naturais (jusnaturalismo de direitos humanos) no corpo das Constituições e das leis, sendo agora considerados direitos positivados.
• A Escola positivista, de forte influência ao longo dos séculos XIX e XX, traduziu a ideia de um ordenamento jurídico produzido pelo homem, de modo coerente e hierarquizado.
• Para a Escola Positivista, o fundamento dos direitos humanos consiste na existência da norma posta, cujo pressuposto de validade está em sua edição conforme as regras estabelecidas na Constituição. Assim, os direitos humanos justificam-se graças a sua validade formal e sua previsão no ordenamento posto.
• Na vertente original do século XIX até meados do século XX, a positivação dos direitos humanos é nacional: o positivismo nacionalista, então, exige que os direitos sejam prescritos em normas internas para serem exigíveis em face do Estado ou de outros particulares.
• Risco aos direitos humanos gerado pela adoção do positivismo nacionalista: normas locais (inclusive as constitucionais) não protegerem ou reconhecerem determinado direito ou categoria de direitos humanos.
• A divergência entre os jusnaturalistas e os positivistas reside na defesa, pela Escola jusnaturalista, da superioridade de normas não escritas e inerentes a todos os seres humanos, reveladoras da justiça, em face de normas postas incompatíveis. Para os positivistas nacionalistas, de outro lado, essas normas reveladoras da justiça não pertencem ao ordenamento jurídico, inexistindo qualquer choque ou antagonismo com a norma posta.

4.3. AS TEORIAS UTILITARISTAS, SOCIALISTAS E COMUNISTAS DO SÉCULO XIX E A CRÍTICA AOS DIREITOS HUMANOS

4.3.1. O utilitarismo clássico: Bentham e Stuart Mill

O século XIX assistiu a crescentes debates sobre a forma de implantação de uma sociedade humana justa e igualitária, com críticas ao reconhecimento dos direitos humanos. Entre as principais teorias, abordaremos o *utilitarismo,* o *socialismo* e o *comunismo.*

O utilitarismo é uma teoria consagrada por Jeremy Bentham e John Stuart Mill no final do século XVIII e início do século XIX[25], que, em síntese, prega que os cidadãos cumprem leis e compromissos com foco nas futuras vantagens (utilidades) que obterão para si e para a sociedade. Bentham critica, inicialmente, os defensores da existência de um contrato social baseado no Direito Natural (jusnaturalistas contratualistas, como Hobbes e Rousseau). Para Bentham, não há prova da existência de um suposto "contrato social" original pelo qual os cidadãos obedecem às leis e aos governantes. Pelo contrário, na visão de Bentham, os cidadãos cumprem as regras com vistas às vantagens e utilidades que obterão. Consagrou-se, então, o *utilitarismo,* defendido no século XIX especialmente por Stuart Mill, em sua obra *Utilitarismo* de 1863.

No campo dos direitos humanos, o utilitarismo clássico sustenta que a *avaliação* de uma conduta decorre de suas *consequências* e não do reconhecimento de direitos. Assim,

determinado ato é – ou não – reprovável de acordo com as circunstâncias e consequências. O resultado em prol da felicidade do maior número possível de pessoas pode justificar determinada ação, uma vez que a utilidade não é simplesmente a felicidade individual. Para minimizar eventual defesa de monstruosidades (assassinato de alguns, para beneficiar muitos, por exemplo), o utilitarismo *não* aceita que se obtenha a felicidade geral em prejuízo da felicidade individual. Logo, o utilitarismo não seria uma visão totalitária de eliminação da autonomia individual para o benefício da sociedade, mas sim uma visão de *maximização* das consequências positivas de uma conduta. A crítica ao utilitarismo em geral recai sobre a *impossibilidade de uso dos indivíduos (e seus direitos) como instrumentos de maximização da felicidade da maioria*. Ademais, há os riscos de se optar por uma ação que beneficie muitos e viole direitos fundamentais de poucos.

4.3.2. O socialismo e o comunismo

Na visão dos movimentos socialistas e comunistas do século XIX e início do século XX, as sociedades humanas podem ser compreendidas no contexto da *história da luta de classes*, na qual interagem os opressores (detentores dos meios de produção) e os oprimidos (aqueles que não têm os meios de produção, só contando com sua força de trabalho a ser explorada). A importância dessa luta é tamanha que as relações econômicas engendradas determinam as relações sociais e jurídicas. Nesse contexto, o capitalismo do século XIX (época da vida de Karl Marx e Friedrich Engels) representaria o ápice da luta de classe, com o nascimento do proletariado industrial, que, pelo seu número, poderia reinventar a história das sociedades humanas, abolindo a luta de classes e o Estado. Por isso, a intensa *crítica marxista à formulação liberal dos direitos humanos*, retratada pelas revoluções liberais e suas declarações de direitos, uma vez que esses textos não atacavam o eixo central da exploração em uma sociedade capitalista, mas apenas mitigariam e aliviariam o peso da exploração do homem pelo homem.

Marx sustentou que tais declarações de direitos não passavam de *mistificação*, pois os direitos humanos eram reconhecidos em abstrato, não levando em consideração os meios de implementação desses dispositivos. Ademais, ao se reconhecer o direito de propriedade e a livre-iniciativa, os direitos humanos solidificaram a estrutura jurídica que mantinha a exploração do homem pelo homem. Outro ponto que acarretava a descrença marxista na linguagem dos direitos das revoluções liberais era a meta comunista de eliminação da luta de classes e, consequentemente, do próprio Estado. Assim, a atuação dos direitos humanos no papel de restrição ao poder do Estado e promoção da autonomia do indivíduo era dispensável, pois ingressaríamos, no futuro, na era comunista, em um mundo livre da opressão estatal. Essa crítica marxista *não* leva em consideração o *ideal emancipatório e de tolerância* dos direitos humanos, sobretudo após a internacionalização da matéria (ver Parte I, Capítulo II, item 7), que afirmou a universalidade, indivisibilidade e interdependência de todos os direitos, com foco em especial na garantia das condições materiais indispensáveis à vida humana digna.

QUADRO SINÓTICO

As teorias utilitaristas, socialistas e comunistas do século XIX e a crítica aos direitos humanos	
O utilitarismo clássico	• Teoria consagrada por Jeremy Bentham e John Stuart Mill no final do século XVIII e início do século XIX. • Crítica aos defensores da existência de um contrato social baseado no Direito Natural (jusnaturalistas contratualistas, como Hobbes e Rousseau). • Visão de que os cidadãos cumprem leis e compromissos com foco nas futuras vantagens (utilidades) que obterão para si e para a sociedade. • No campo dos direitos humanos, o utilitarismo clássico sustenta que a avaliação de uma conduta decorre de suas consequências e não do reconhecimento de direitos. Assim, determinado ato é – ou não – reprovável de acordo com as circunstâncias e consequências. • Visão de *maximização* das consequências positivas de uma conduta.
O socialismo e o comunismo	• Visão dos movimentos socialistas e comunistas do século XIX e início do século XX de que as sociedades humanas podem ser compreendidas no contexto da história da luta de classes, na qual interagem os opressores (detentores dos meios de produção) e os oprimidos (aqueles que não têm os meios de produção, só contando com sua força de trabalho a ser explorada). • Descrença marxista na linguagem dos direitos das revoluções liberais, pois: • os direitos humanos eram reconhecidos em abstrato, não levando em consideração os meios de implementação desses dispositivos; • ao se reconhecer o direito de propriedade e a livre-iniciativa, solidificaram a estrutura jurídica que mantinha a exploração do homem pelo homem; • e, finalmente, ante a meta comunista de eliminação da luta de classes e, consequentemente, do próprio Estado, a atuação dos direitos humanos no papel de restrição ao poder do Estado e promoção da autonomia do indivíduo era dispensável.

4.4. A RECONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XX: A DIGNIDADE HUMANA E A ABERTURA AOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O século XX assistiu a afirmação da “era dos direitos humanos”, parafraseando o título de obra de Norberto Bobbio[26].

As críticas utilitaristas foram superadas pela aceitação da necessidade de se associar a liberdade e autonomia individuais com o bem comum, ponderando-se, no caso concreto, os limites necessários a determinado direito para que se obtenha um benefício a outro. Não há conflito entre o conceito de direitos individuais e a igualdade ou justiça social. A linguagem dos direitos não implica desconsiderar o bem comum, que, aliás, é o objetivo do Estado Democrático de Direito. Pelo contrário, os direitos servem para exigir do Estado e da

comunidade as prestações necessárias para o bem-estar social fundado na igualdade.

A crítica marxista ficou esvaziada pelo reconhecimento da autocracia e do poder arbitrário que imperaram nas ditaduras do chamado socialismo real do século XX, desmanteladas após a queda do Muro de Berlim (1989) e da dissolução final da União Soviética (1991).

Por outro lado, a predominância positivista *nacionalista* dos direitos humanos do século XIX e início do século XX ficou desmoralizada após a barbárie nazista no seio da Europa (1933-1945), berço das revoluções inglesa e francesa. O desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos gerou uma positivação *internacionalista,* com normas e tribunais internacionais aceitos pelos Estados e com impacto direto na vida das sociedades locais. Essa *positivação internacionalista* foi identificada por Bobbio, que, em passagem memorável, detectou que "os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declaração de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais"[27].

QUADRO SINÓTICO

A reconstrução dos direitos humanos no século XX: a dignidade humana e abertura aos princípios jurídicos
• Críticas utilitaristas superadas pela aceitação da necessidade de se associar a liberdade e autonomia individuais com o bem comum, ponderando-se, no caso concreto, os limites necessários a determinado direito para que se obtenha um benefício a outro. Os direitos servem para exigir do Estado e da comunidade as prestações necessárias para o bem-estar social fundado na igualdade. • Crítica marxista esvaziada pelo reconhecimento da autocracia e do poder arbitrário que imperaram nas ditaduras do chamado socialismo real do século XX, desmanteladas após a queda do Muro de Berlim (1989) e da dissolução final da União Soviética (1991). • Predominância positivista *nacionalista* dos direitos humanos do século XIX e início do século XX desmoralizada após a barbárie nazista no seio da Europa (1933-1945), berço das revoluções inglesa e francesa. • Positivismo nacionalista superado no plano internacional, acelerado desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que gerou uma positivação *internacionalista,* com normas e tribunais internacionais aceitos pelos Estados e com impacto direto na vida das sociedades locais.

5. As especificidades dos direitos humanos

5.1. A CENTRALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos representam hoje a nova *centralidade* do *Direito Constitucional* e também do *Direito Internacional.*

No Direito Constitucional, há a *jusfundamentalização* do Direito, fenômeno pelo qual as diferentes normas de um ordenamento jurídico se formatam à luz dos *direitos fundamentais*.

Trata-se de uma verdadeira "filtragem *pro homine*", na qual todas as normas do ordenamento jurídico devem ser compatíveis com a promoção da dignidade humana. Nessa linha, Sarmento sustenta que o "princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado"[28].

No plano internacional, os direitos humanos sofreram uma *ruptura* ocasionada pelos regimes totalitários nazifascistas na Europa na Segunda Guerra Mundial e, após, foram *reconstruídos* com a internacionalização da matéria. Com isso, o Direito Internacional passou por uma lenta mudança do seu eixo central voltado à perspectiva *do Estado* preocupado com a governabilidade e com a manutenção de suas relações internacionais. Com a ascensão da temática dos direitos humanos previstos em diversas normas internacionais, os direitos humanos promoveram a entrada em cena da preocupação internacional referente à promoção da dignidade humana em todos os seus aspectos.

Para finalizar, esse novo papel dos direitos humanos já foi reconhecido pelo próprio STF, que estabeleceu que "O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, *como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais*" (HC 87.585-8, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 12-3-2008).

5.2. UNIVERSALIDADE, INERÊNCIA E A TRANSNACIONALIDADE

A universalidade dos direitos humanos consiste na atribuição desses direitos a *todos* os seres humanos, não importando nenhuma outra qualidade adicional, como nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, entre outras.

A universalidade possui vínculo indissociável com o processo de internacionalização dos direitos humanos. Até a consolidação da internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos, com a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os direitos dependiam da positivação e proteção do Estado Nacional.

Por isso, eram direitos *locais*.

A barbárie do totalitarismo nazista gerou a ruptura do paradigma da proteção nacional dos direitos humanos, cuja insuficiência levou à negação do valor do ser humano como fonte essencial do Direito. Para o nazismo, a titularidade de direitos dependia da origem racial ariana. Os demais indivíduos não mereciam a proteção do Estado. Os direitos humanos, então, *não* eram *universais* nem ofertados a todos.

Os números dessa ruptura dos direitos humanos são significativos: foram enviados aproximadamente 18 milhões de indivíduos a campos de concentração, gerando a morte de 11 milhões deles, sendo 6 milhões de judeus, além de inimigos políticos do regime, comunistas, homossexuais, pessoas com deficiência, ciganos e outros considerados descartáveis pela máquina de ódio nazista. Como sustenta Lafer, a ruptura trazida pela experiência totalitária do nazismo levou a inauguração do *tudo é possível*. Esse "tudo é possível" levou pessoas a serem tratadas, *de jure e de facto*, como supérfluas e descartáveis[29].

Esse legado nazista de exclusão exigiu a *reconstrução* dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial[30], sob uma ótica diferenciada: a ótica da proteção *universal,* garantida, *subsidiariamente e na falha do Estado*, pelo próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ficou evidente para os Estados que organizaram uma nova sociedade internacional ao redor da ONU – Organização das Nações Unidas – que a proteção dos direitos humanos *não* pode ser tida como parte do *domínio reservado* de um Estado, pois as falhas na proteção local tinham possibilitado o terror nazista. A *soberania* dos Estados foi, lentamente, sendo *reconfigurada*, aceitando-se que a proteção de direitos humanos era um *tema internacional* e não meramente um tema da jurisdição *local.*

O marco da *universalidade e inerência dos direitos humanos* foi a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que dispõe que basta a condição humana para a titularidade de direitos essenciais. O art. 1º da Declaração de 1948 (também chamada de "Declaração de Paris") é claro: "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Para a Declaração de Paris, o ser humano tem dignidade única e direitos *inerentes* à condição humana. Consequentemente, são os direitos humanos *universais*. Fica registrada a inerência dos direitos humanos[31], que consiste *na qualidade de pertencimento desses direitos a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção*.

Desde a Declaração Universal de 1948 até hoje, a *universalidade* dos direitos humanos foi sendo constantemente reafirmada pelos diversos tratados e declarações internacionais de direitos editadas pelos próprios Estados. Entre elas, cite-se a *Proclamação de Teerã*, emitida na 1ª Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU, realizada em Teerã, em 1968, na qual ficou disposto que "é indispensável que a comunidade internacional cumpra sua obrigação solene de fomentar e incentivar o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais *para todos*, *sem distinção nenhuma* por motivos de raça, cor, sexo, idioma ou opiniões políticas ou de qualquer outra espécie".

Em 1993, na 2ª Conferência Mundial da ONU de Direitos Humanos, realizada em Viena, decidiu-se que "todos os direitos humanos são universais" (parágrafo 5º da Declaração de Viena).

Chegamos ao que se convencionou chamar, na exposição de Weis, de *transnacionalidade*, que consiste no reconhecimento dos direitos humanos onde quer o indivíduo esteja[32]. Essa característica é ainda mais importante na ausência de uma nacionalidade (apátridas) ou na existência de fluxos de refugiados. Os direitos humanos não mais dependem do reconhecimento por parte de um Estado ou da existência do vínculo da nacionalidade, existindo o dever internacional de proteção aos indivíduos, confirmando-se o caráter *universal* e *transnacional* desses direitos.

QUADRO SINÓTICO

Universalidade, inerência e a transnacionalidade	
Universalidade e inerência	• Conceito de universalidade dos direitos humanos: atribuição desses direitos a todos os seres humanos, não importando nenhuma outra qualidade adicional, como nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, entre outras. • A universalidade possui vínculo indissociável com o processo de internacionalização dos direitos humanos – a barbárie do totalitarismo nazista gerou a ruptura do paradigma da proteção nacional dos direitos humanos, graças a negação do valor do ser humano como fonte essencial do Direito. • Conceito de inerência dos direitos humanos: qualidade de pertencimento desses direitos a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção. • Edição da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948: marco da universalidade e inerência dos direitos humanos. • Os direitos humanos não mais dependem do reconhecimento por parte de um Estado ou da existência do vínculo da nacionalidade, existindo o dever internacional de proteção aos indivíduos, confirmando-se o caráter universal e transnacional desses direitos.

5.3. INDIVISIBILIDADE, INTERDEPENDÊNCIA E UNIDADE

A indivisibilidade consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos possuem a *mesma* proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna. A indivisibilidade possui duas facetas. A primeira implica reconhecer que o direito protegido apresenta uma unidade incindível em si. A segunda faceta, mais conhecida, assegura que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos[33]. O objetivo do reconhecimento da indivisibilidade é exigir que o Estado também invista – tal qual investe na promoção dos direitos de primeira geração – nos direitos sociais, zelando pelo chamado *mínimo existencial,* ou seja, condições materiais mínimas de sobrevivência digna do indivíduo. A indivisibilidade também exige o combate tanto às violações maciças e graves de direitos considerados de primeira geração (direito à vida, integridade física, liberdade de expressão, entre outros) quanto aos direitos de segunda geração (direitos sociais, como o direito à saúde, educação, trabalho, previdência social etc.).

A interdependência ou inter-relação consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos contribuem para a realização da dignidade humana, *interagindo* para a satisfação das necessidades essenciais do indivíduo, o que exige, novamente, a atenção integral a todos os direitos humanos, sem exclusão. O conteúdo de um direito pode se vincular ao conteúdo de outro, demonstrando a interação e a complementaridade entre eles, bem como que certos direitos são desdobramentos de outros[34].

A indivisibilidade e a interdependência de tais direitos foram confirmadas em várias ocasiões. A Proclamação de Direitos Humanos da 1ª Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU realizada em Teerã (1968) foi o primeiro texto a reconhecer que “os

direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível”. Em 1986, na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento[35], ficou disposto que “todos os direitos humanos e todas as liberdades fundamentais são *indivisíveis* e *interdependentes*; a realização, a promoção e a proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais devem se beneficiar de uma atenção igual e ser encaradas com uma urgência igual” (art. 6º, § 2º). A Declaração de Viena (aprovada na 2ª Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU, 1993) repetiu a Proclamação de Teerã e reiterou que “todos os direitos humanos são universais, *indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados*. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma *global, justa e equitativa*, em pé de igualdade e com a mesma ênfase” (§ 5º).

Reconheceu-se que os direitos humanos formam uma *unidade de direitos tida como indivisível*, *interdependente e inter-relacionada*. Como bem expressa a Declaração de Viena (em seu § 15º) “o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, *sem distinções de qualquer espécie*, é uma norma fundamental do direito internacional na área dos direitos humanos”. Tendo em vista o incremento da proteção dada ao indivíduo, ficou assente que, se determinado direito é violado, todos os demais direitos ficam vulneráveis e comprometidos. Por isso, em especial no Brasil, o grande desafio é implementar tanto os direitos de *liberdade* quanto os direitos relativos à *igualdade*, que concretizam a justiça social[36].

QUADRO SINÓTICO

Indivisibilidade, Interdependência e unidade	
Indivisibilidade	• Conceito: reconhecimento de que todos os direitos humanos possuem a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna. • Possui duas facetas: 1) implica reconhecer que o direito protegido apresenta uma unidade incindível em si; 2) assegura que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos. • Objetivo do seu reconhecimento: 1) exigir que o Estado também invista nos direitos sociais, zelando pelo chamado mínimo existencial, ou seja, condições materiais mínimas de sobrevivência digna do indivíduo; 2) exigir o combate tanto às violações maciças e graves de direitos considerados de primeira geração quanto aos direitos de segunda geração.
Interdependência (ou inter-relação)	• Conceito: reconhecimento de que todos os direitos humanos contribuem para a realização da dignidade humana, o que exige a atenção integral a todos os direitos humanos, sem exclusão.
Normas internacionais que confirmaram a indivisibilidade e a interdependência	• Proclamação de Direitos Humanos da 1ª Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU (Teerã, 1968). • Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986). • Declaração de Viena (aprovada na 2ª Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU, 1993).

5.4. A ABERTURA DOS DIREITOS HUMANOS, NÃO EXAUSTIVIDADE E FUNDAMENTALIDADE

A abertura dos direitos humanos consiste na possibilidade de *expansão* do rol dos direitos necessários a uma vida digna. Fica consolidado, então, a *não exauribilidade* dos direitos humanos, sendo o rol de direitos previsto na Constituição Federal e tratados internacionais meramente exemplificativo e não exclui o reconhecimento futuro de outros direitos.

A abertura pode ser de origem *internacional* ou *nacional*. A abertura *internacional* é fruto do aumento do rol de direitos protegidos resultante do Direito Internacional dos Direitos Humanos, quer por meio de novos tratados, quer por meio da atividade dos tribunais internacionais. Já a abertura *nacional* é fruto do trabalho do Poder Constituinte Derivado (como, por exemplo, a inserção do direito à moradia pela EC n. 26/2000 e do direito à alimentação pela EC n. 64/2010) e também fruto da atividade interpretativa ampliativa dos tribunais nacionais.

O art. 5º, § 2º, da Constituição prevê o *princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais*, introduzido pela primeira vez na Constituição de 1891, também denominado

abertura da Constituição aos direitos humanos. Na Constituição de 1891 a abertura aos direitos era resultado do seu art. 78, que pregava que a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não excluía outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

Já o art. 5º, § 2º, da Constituição estipula que os direitos nela previstos expressamente não excluem outros *decorrentes* do *regime* e *princípios* da Constituição e em *tratados de direitos humanos* celebrados pelo Brasil. De forma inédita na história constitucional brasileira, a abertura da Constituição aos direitos foi baseada também nos tratados internacionais celebrados pelo Brasil.

A abertura está relacionada com a *fundamentalidade* dos direitos humanos no ordenamento jurídico. Como os direitos humanos são *fundamentais* para uma vida digna, novos direitos podem surgir na medida em que as necessidades sociais assim exijam.

Por isso, os direitos humanos possuem uma *fundamentalidade formal* por estarem previstos em normas constitucionais e em tratados de direitos humanos, mas possuem, ainda, uma *fundamentalidade material* que consiste no reconhecimento da indispensabilidade de determinado direito para a promoção da dignidade humana.

QUADRO SINÓTICO

A abertura dos direitos humanos e fundamentalidade
• Abertura dos direitos humanos: consiste na possibilidade de expansão do rol dos direitos necessários a uma vida digna – consolidação da não exauribilidade dos direitos humanos. • A abertura pode ser: a) Internacional: fruto do aumento do rol de direitos protegidos oriundo do Direito Internacional dos Direitos Humanos; b) Nacional: fruto do trabalho de interpretação ampliativa realizado pelo Poder Constituinte Derivado e pelos tribunais nacionais. • O art. 5º, § 2º, adotou a abertura dos direitos humanos, por meio do princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais. • A abertura está relacionada com a fundamentalidade dos direitos humanos no ordenamento jurídico. Os direitos humanos possuem uma fundamentalidade formal (por estarem previstos em normas constitucionais e em tratados de direitos humanos), mas possuem, ainda, uma fundamentalidade material (reconhecimento da indispensabilidade de determinado direito para a promoção da dignidade humana).

5.5. IMPRESCRITIBILIDADE, INALIENABILIDADE, INDISPONIBILIDADE

Os direitos humanos são tidos como imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis (também chamados de irrenunciáveis), o que, em seu conjunto, compõe uma *proteção de intangibilidade* aos direitos tidos como essenciais a uma vida digna.

A imprescritibilidade implica reconhecer que tais direitos não se perdem pela passagem do tempo: existindo o ser humano, há esses direitos inerentes. A inalienabilidade pugna pela impossibilidade de se atribuir uma dimensão pecuniária desses direitos para fins de venda.

Finalmente, a indisponibilidade ou irrenunciabilidade revela a impossibilidade de o próprio ser humano – titular desses direitos – abrir mão de sua condição humana e permitir a violação desses direitos.

Essa proteção de intangibilidade foi importante na afirmação dos direitos humanos, nas revoluções liberais e suas declarações de direitos. Era importante gravar os direitos de cláusulas protetivas, contra a vontade do Estado e até mesmo contra a vontade de seu titular, demonstrando a essencialidade desses direitos e sua inerência à condição humana.

Porém, três observações são importantes. Em primeiro lugar, apesar de não se admitir a eliminação ou disposição dos direitos humanos em abstrato, seu exercício pode ser facultativo, sujeito inclusive a negociação ou mesmo prazo fatal para seu exercício. Só assim é possível compreender o disposto no art. 7º, VI (irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo); XIII (duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho); XIV ("jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva"), e ainda o XXIX (ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho), da Constituição de 1988. Há, então, *liberdade* do titular de exercer – ou não – tais direitos e um prazo para tanto.

A segunda observação diz respeito à liberdade e autonomia da vontade. Inicialmente, o indivíduo é livre para não exercer seus direitos, salvo quando há lesão à dignidade humana. Esse limite à autonomia quanto ao exercício dos direitos ocorreu no chamado Caso do Arremesso do Anão, na França. No caso, ocorreu a proibição desse tipo de conduta (arremesso de anão) oferecida por uma casa noturna em Morsang-sur-Orge (periferia de Paris, França). Houve intenso debate sobre a indisponibilidade dos direitos humanos, uma vez que o próprio anão atacou a proibição, alegando ter dado consentimento a tal prática, utilizar equipamento de segurança satisfatório e de ter direito ao trabalho. Tanto perante o Conselho de Estado francês[37] quanto perante o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[38], confirmou-se a legitimidade da proibição da prática do "arremesso de anão", pois o respeito à dignidade humana limitava a autonomia de vontade do indivíduo[39].

A terceira observação é quanto a pouca utilidade dessa proteção de intangibilidade em um cenário marcado pela expansão dos direitos humanos e seus *choques*. Atualmente, os conflitos entre direitos fazem com que a *interpretação dos direitos humanos* tenha que ser acionada para estabelecer os limites entre eles, sem que seja útil apelar à *proteção da intangibilidade* conferida genericamente a todos, pois todos os direitos em conflito também a terão.

QUADRO SINÓTICO

Imprescritibilidade, inalienabilidade e indisponibilidade	
Imprescritibilidade, inalienabilidade e indisponibilidade são características que, em conjunto, compõem uma proteção de intangibilidade aos direitos tidos como essenciais a uma vida digna.	
Imprescritibilidade	Implica o reconhecimento de que os direitos humanos não se perdem pela passagem do tempo.
Inalienabilidade	Pugna pela impossibilidade de se atribuir uma dimensão pecuniária dos direitos humanos para fins de venda.
Irrenunciabilidade	Revela a impossibilidade de o próprio ser humano – titular dos direitos humanos – abrir mão de sua condição humana e permitir a violação desses direitos.
Observações	• Apesar de não se admitir a eliminação ou disposição dos direitos humanos em abstrato, seu exercício pode ser facultativo, sujeito inclusive a negociação ou mesmo prazo fatal para seu exercício. • Pela própria definição de direitos humanos, o indivíduo não é livre para não exercer os direitos quando há lesão à dignidade humana – limites da liberdade de exercício dos direitos calcada na autonomia da vontade. • Tais características perdem utilidade em um cenário marcado pela expansão dos direitos humanos, já que os conflitos entre direitos humanos fazem com que a sua interpretação tenha que ser acionada para estabelecer os limites entre eles, sem que seja útil apelar à proteção da intangibilidade conferida genericamente a todos, pois ambos os direitos em conflito também a terão.

5.6. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição do retrocesso, também chamada de "efeito cliquet" ou princípio do não retorno da concretização, que consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente de aprimoramentos e acréscimos.

Outra expressão utilizada pela doutrina é *o entrenchment* ou entrincheiramento, que consiste na preservação do mínimo já concretizado dos direitos fundamentais, impedindo o *retrocesso*, que poderia ser realizado pela *supressão normativa* ou ainda pelo *amesquinhamento* ou *diminuição* de suas prestações à coletividade[40].

Há diferença entre a proibição do retrocesso e a proteção contra efeitos *retroativos*: este é proibido por ofensa ao ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido. A vedação do retrocesso é distinta: proíbe as *medidas de efeitos retrocessivos,* que são aquelas que objetivam a supressão ou diminuição da satisfação de um dos direitos humanos. Abrange não somente os direitos sociais (a chamada proibição do retrocesso social), mas todos os direitos humanos, que, como vimos, são indivisíveis.

No Brasil, a proibição do retrocesso é fruto dos seguintes dispositivos constitucionais: 1) Estado democrático de Direito (art. 1º, *caput)*; 2) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); 3) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º); 4) proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, *caput*, e ainda art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada); e 5) cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV (*vide* item 2.4 da Parte III)[41].

A proibição do retrocesso é característica também da proteção internacional dos direitos humanos, pois, "cristalizou-se no plano internacional, a chamada proibição do retrocesso, pela qual é vedado aos Estados que diminuam ou amesquinhem a proteção já conferida aos direitos humanos. Mesmo novos tratados internacionais não podem impor restrições ou diminuir a proteção de direitos humanos já alcançada"[42].

A proibição de retrocesso não representa, contudo, uma vedação absoluta a qualquer medida de alteração da proteção de um direito específico. Por exemplo, podem ser constitucionais as alterações nas regras da aposentadoria dos servidores públicos que façam frente ao crescimento da expectativa de vida. A inalterabilidade dessas regras levaria o Estado a destinar mais recursos a esse direito social, diminuindo-se a proteção de outros direitos.

Assim, podemos resumir três condições para que eventual diminuição na proteção normativa ou fática de um direito seja permitida: 1) que haja justificativa também de estatura jusfundamental; 2) que tal diminuição supere o crivo da *proporcionalidade* (ver Parte I, Capítulo III, item 7.4) e 3) que seja preservado o núcleo essencial do direito envolvido.

No Supremo Tribunal Federal, há várias manifestações sobre a proibição do retrocesso, em diversas subespécies:

i) Vedação do retrocesso social. O Min. Celso de Mello sustentou que "(...) o postulado da proibição do retrocesso social, cuja eficácia impede – considerada a sua própria razão de ser – sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, que não pode ser despojado, por isso mesmo, em matéria de direitos sociais, no plano das liberdades reais, dos níveis positivos de concretização por ele já atingidos". Depois, o Min. Celso de Mello apontou que "em realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, *verdadeira dimensão negativa* pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inocorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais" (MS 24.875, julgamento em 11-5-2006, Pleno, grifo nosso)[43]. Para a Min. Cármen Lúcia, que foi Relatora de Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre a reforma da Previdência Social (julgada improcedente), a proibição do retrocesso só seria aplicada se a aposentadoria, enquanto direito social, fosse abolida, mas não seria o caso de invocá-la no caso de mudança dos critérios para aposentadoria tão somente (ADI 3.104, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 26-9-2007, Plenário, *DJ* de 9-11-2007).

ii) Vedação do Retrocesso Político. Em 2011, o STF decidiu suspender o art. 5º da Lei n. 12.034/2009 que dispunha sobre a volta do "voto impresso". Para a Min. Cármen Lúcia, a

proibição de retrocesso político-constitucional impede que direitos conquistados (como o da garantia de voto secreto pela urna eletrônica) retroceda para dar lugar a modelo superado (voto impresso) exatamente pela sua vulnerabilidade (ADI 4.543-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19-10-2011, Plenário).

QUADRO SINÓTICO

Proibição do retrocesso ("efeito cliquet")	
"Efeito cliquet" ou princípio do não retorno da concretização	Consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente de aprimoramentos e acréscimos.
Entrenchment *ou entrincheiramento*	Consiste na preservação do mínimo já concretizado dos direitos fundamentais, impedindo o retrocesso, que poderia ser realizado pela supressão normativa ou ainda pelo amesquinhamento ou diminuição de suas prestações à coletividade.
Proteção contra efeitos retroativos	Este é proibido por ofensa ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido. Difere da vedação do retrocesso, que proíbe as medidas de efeitos retrocessivos, que são aquelas que objetivam a supressão ou diminuição da satisfação de um dos direitos humanos.

Fundamentos da Constituição brasileira para a proibição do retrocesso	1) Estado Democrático de Direito; 2) dignidade da pessoa humana; 3) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais; 4) proteção da confiança e segurança jurídica (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada); e 5) cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV.
Condições para que eventual diminuição na proteção normativa ou fática de um direito seja permitida	1) que haja justificativa também de estatura jusfundamental; 2) que tal diminuição supere o crivo da proporcionalidade; e 3) que seja preservado o núcleo essencial do direito envolvido.
A proibição de retrocesso não representa uma vedação absoluta a qualquer medida de alteração da proteção de um direito específico.	

6. A interpretação

6.1. A INTERPRETAÇÃO CONFORME OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos assumiram uma centralidade no ordenamento jurídico, cuja consequência é a aceitação da *vinculação* de todos os Poderes Públicos e agentes privados *ao conteúdo desses direitos*. Assim, em um caso concreto, deve ser averiguado se determinada norma a ser aplicada está *conforme* aos *direitos humanos*. Essa interpretação conforme aos direitos humanos é consequência da adoção da *interpretação conforme a Constituição,* que consiste no instrumento hermenêutico pelo qual é escolhida a interpretação de uma norma que "se revele compatível com a Constituição, suspendendo, em consequência, variações interpretativas conflitantes com a ordem constitucional" (Voto do Ministro Celso de Mello, ADPF 187, sobre a "Marcha da Maconha"). No caso da "*interpretação conforme os direitos humanos"* busca-se o mesmo: deve o intérprete escolher, quando a norma impugnada admite várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com os direitos humanos.

Com base na interpretação conforme aos direitos humanos, estes influem em todo o Direito e nos atos dos agentes públicos e privados, concretizando seu efeito irradiante que os transformam no centro dos valores de um ordenamento.

Ocorre que a interpretação conforme aos direitos humanos é complexa, fruto da *interdependência e indivisibilidade* desses próprios direitos. A indivisibilidade e interdependência impedem que se analise uma norma de direitos humanos de modo isolado dos demais direitos. Pelo contrário, a compreensão e aplicação de uma norma de direitos humanos é sempre feita levando-se em consideração os demais direitos atingidos, que igualmente são relevantes e indispensáveis a uma vida digna.

Por isso, reproduzem-se, na seara dos direitos humanos, as dificuldades da interpretação da Constituição como um todo, pois, em nome da unidade da Constituição, não se pode aplicar isoladamente uma norma constitucional violando outros dispositivos da mesma Constituição. No caso dos direitos humanos, todo o conjunto de direitos deve ser levado em consideração. Por isso, os direitos humanos são direitos *prima facie*, ou seja, direitos que asseguram em um primeiro momento posições jurídicas, que, em um segundo momento, podem sofrer restrições pela *incidência* de direitos titularizados por *outros* indivíduos. A dignidade humana deve ser assegurada em uma constante busca de harmonia na aplicação prática dos direitos humanos, que se irradiam por todo o ordenamento e orientam as ações dos agentes públicos e privados. Veremos, em seguida, como é realizada a interpretação dos direitos humanos que leve em consideração todos os direitos envolvidos.

6.2. A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: ASPECTOS GERAIS

A interpretação no Direito é toda atividade intelectual que visa solucionar problemas jurídicos por meio dos seguintes passos: 1) escolha dos textos normativos relevantes; 2) atribuição de significados a esses textos; e 3) resolução da questão jurídica à luz dos parâmetros eleitos[44].

Contudo, tradicionalmente a interpretação jurídica é vista como uma atividade de extração, de um determinado texto normativo, do seu real significado, sempre evitando que os pendores pessoais do intérprete possam influenciar na aplicação da norma. Para obter essa extração do real alcance e sentido da norma, os métodos tradicionais de interpretação – interpretação

gramatical, interpretação sistemática, interpretação teleológica e interpretação histórica – não são excludentes entre si, mas podem ser complementares, na sua função de se alcançar o sentido adequado da norma interpretada, evitando que o aplicador se transforme em legislador.

Essa visão tradicional é criticada nos dias de hoje. Em primeiro lugar, a busca do real alcance e sentido da norma nos levaria à dispensa da interpretação diante da clareza do texto a ser interpretado *(claris non fit interpretatio)*. Porém, só é possível determinar a clareza ou obscuridade de determinada lei *após* a interpretação[45]. Assim, sendo o Direito uma ciência da linguagem, que se apresenta com diferentes significados a depender da leitura, a interpretação é sempre necessária. Em segundo lugar, a interpretação *contribui* para o nascimento da norma, uma vez que não é uma atividade neutra, de extração de um sentido já preexistente. A própria existência de votações apertadas no STF brasileiro demonstra que existem várias interpretações possíveis. Não que o texto a ser interpretado não tenha nenhuma importância, podendo o intérprete utilizá-lo como queira. O texto normativo é *o ponto de partida* e, a partir dos dados da realidade – tal qual vista pelos valores do intérprete –, chega-se à norma interpretada.

A interpretação, então, é uma atividade de cunho constitutivo (e não meramente declaratório), que *constrói* a norma a ser a aplicada ao caso concreto, a partir do *amálgama* entre o *texto normativo* e os *dados da realidade social* que incidem sobre esse texto. Nesse sentido, o Min. Eros Grau, em voto recente no STF (2010), sustentou que "a interpretação do direito tem caráter constitutivo", pois "consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão". Em síntese, sustenta o Min. Eros Graus que "a interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos" (Voto do Min. Eros Grau, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, *DJE* de 6-8-2010)[46].

A interpretação é, assim, a chave da aplicação da norma jurídica pelos juízes e não mais a subsunção mecânica que os transformava na "boca da lei" ("bouche de la loi"), na expressão francesa do século XIX que retratava o receio de que os juízes subtraíssem, pela via da interpretação, o poder de criação de normas do Legislativo.

Esse receio foi superado pelo reconhecimento de que a interpretação das normas é indispensável a qualquer aplicação do direito. Por isso, sem maiores traumas para a democracia brasileira, o Supremo Tribunal Federal assumiu esse novo papel da interpretação em vários precedentes. Como exemplo, ainda o Min. Eros Grau, em voto elogiado por vários outros ministros, sustentou abertamente que "as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto textos, enunciados, disposições, *não dizem nada*: *elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem*" (Voto do Min. Eros Grau, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, *DJE* de 6-8-2010, grifo nosso).

Com base nessa introdução sobre interpretação, observo que as regras tradicionais de interpretação são também insuficientes no campo dos direitos humanos. As normas de direitos humanos são redigidas de forma aberta, repletas de conceitos indeterminados (por exemplo,

“intimidade”, “devido processo legal”, “duração razoável do processo”) e ainda interdependentes e com riscos de colisão (liberdade de informação e intimidade, propriedade e direito ao meio ambiente equilibrado, entre os casos mais conhecidos). Consequentemente, a interpretação é *indispensável* para que possamos precisar e delimitar os direitos humanos. A interpretação dos direitos humanos é, acima de tudo, um mecanismo de *concretização desses direitos*. Tratar em abstrato dos direitos humanos transcritos nas Constituições e nos tratados internacionais é conhecê-los apenas parcialmente: somente após a interpretação pelos Tribunais Supremos e pelos órgãos internacionais é que a delimitação final do alcance e sentido de um determinado direito ocorrerá.

Com isso, é indispensável o estudo dos direitos humanos *interpretados pelos tribunais nacionais e internacionais*. Essa visão se choca com a visão tradicional, escorada na separação de poderes, que defendia a escravidão do juiz às normas criadas, em última análise, pelo Poder Legislativo. Logo, a *subsunção* seria a única técnica utilizada pelos intérpretes na aplicação do direito, sendo composta pela identificação da premissa maior, que era a norma jurídica, apta a incidir sobre os fatos, que eram a premissa menor, resultando, como consequência, a aplicação da norma ao caso concreto. Porém, como visto acima, o próprio STF reconhece que a subsunção não é suficiente ou até mesmo é ultrapassada. O fundamento dessa superação está na essencialidade da tarefa da interpretação, uma vez que a subsunção não esclarece *qual é norma* e *qual é o seu conteúdo* para ser utilizado pelos aplicadores.

Além disso, a interpretação dos direitos humanos ganha importância pela sua: 1) *superioridade normativa*, pois não há outras normas superiores nas quais pode o intérprete buscar auxílio; 2) *força expansiva*, que acarreta a jusfundamentalização do Direito, fazendo com que todas as facetas da vida social sejam atingidas pelos direitos humanos.

A função da interpretação é concretizar os direitos humanos por meio de *procedimento fundamentado,* com *argumentos racionais* e *embasados,* que poderá ser coerentemente repetido em situações idênticas, gerando *previsibilidade jurídica* e evitando o arbítrio e decisionismo do intérprete-juiz. A argumentação jurídica deve, então, justificar as decisões jurídicas referentes aos direitos humanos de modo *coerente e consistente*. Não se trata, então, de simplesmente realizar uma operação dedutiva que leve a extração de uma conclusão incontroversa a partir da premissa jurídica e dos fatos do caso: como se viu, os direitos humanos não se amoldam ao clássico desenho da interpretação. Pelo contrário, a estrutura principiológica dos direitos humanos gera vários resultados possíveis em temas com valores morais contrastantes. Não há certo ou errado, mas sim uma conclusão que deve atender a uma “reserva de consistência” em sentido amplo (termo propagado no Brasil por Häberle[47]).

Aplicada à seara dos direitos humanos, a *reserva de consistência* em sentido amplo exige que a interpretação seja: 1) transparente e sincera, evitando a adoção de um decisão prévia e o uso da retórica da “dignidade humana” como mera forma de justificação da decisão já tomada; 2) abrangente e plural, não excluindo nenhum dado empírico ou saberes não jurídicos, tornando útil a participação de terceiros, como *amici curiae*; 3) consistente em sentido estrito, mostrando que os resultados práticos da decisão são compatíveis com os dados empíricos apreciados e com o texto normativo original; 4) coerente, podendo ser aplicada a outros temas similares, evitando as contradições que levam à insegurança jurídica.

Esse procedimento fundamentado deve ser aberto a todos os segmentos da sociedade, naquilo que Häberle defendeu ser necessário para a interpretação da Constituição.

Aplicando a visão de Häberle, os direitos humanos não compõem um corpo dogmático fechado em si mesmo, que se impõem como verdade abstrata e única sobre o conjunto de operadores jurídicos, mas sim o *resultado* de um processo de conciliação de interesses que se desenvolve para promover a dignidade humana em determinado contexto histórico e social. Os direitos humanos, na medida em que são vividos em sociedade, são interpretados e reinterpretados de maneira constante por todos os que convivem em sociedade, uma vez que regem tanto as relações verticais entre indivíduo e Estado quanto às horizontais entre os próprios indivíduos[48].

Especialmente no controle abstrato de constitucionalidade das normas, a interpretação dos direitos humanos exige amplo acesso e participação de sujeitos interessados, o que possibilitará aos julgadores uma apreciação das mais diversas facetas de um determinado direito analisado. Em se tratando de direitos humanos, exige-se do julgador, inevitavelmente, uma ampla verificação de fatos e ainda de efeitos das disposições normativas no cotidiano das pessoas. Logo, a adoção de um modelo aberto de processo de interpretação jusfundamental permite que os julgadores possam ter mais elementos para a tomada de decisão.

Espera-se, então, que os julgadores *recebam* e *efetivamente utilizem* tanto os subsídios técnicos quanto as repercussões sociais, políticas e econômicas que determinada formatação de um direito possa gerar. Caso a sociedade participe e os julgadores do Supremo Tribunal Federal levem em consideração tais contribuições, mesmo que para rechaçá-las fundamentadamente, teremos uma legitimação da decisão sobre os direitos envolvidos graças a tal procedimento aberto. Também superaremos o risco de que a defesa dos direitos humanos no Brasil na roupagem de cláusula pétrea possa significar uma ameaça à democracia, caso o Supremo Tribunal Federal interprete sem maiores elementos o sentido dos direitos humanos e desconsidere emendas constitucionais aprovadas pelo Congresso *democraticamente* eleito.

No caso brasileiro, há cada vez maior interação da sociedade civil com o Supremo Tribunal Federal e com os órgãos internacionais de direitos humanos.

No caso do STF, os espaços de interação e influência *direta* são: 1) apresentação, como *amicus curiae* (amigo da Corte), de memoriais em casos de direitos humanos; 2) exposição em *audiências públicas* promovidas pelo STF.

Quanto aos *amici curiae,* a Lei n. 9.868/99 permitiu que o relator nos casos de ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, considerando a *relevância da matéria* e a *representatividade* dos postulantes, admita a manifestação de órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º). A Lei n. 9.882/99 (sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) também possui previsão semelhante (art. 6º, § 2º). Além disso, o Código de Processo Civil fez referência ao *amicus curiae* no art. 543-C, § 4º (“O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”), possibilitando que *indivíduos* possam se manifestar como *amigos da Corte.*

No caso de *indivíduos,* o Supremo Tribunal Federal mesmo antes da lei, já havia autorizado (na figura de *amicus curiae informal)* a manifestação do Prof. Celso Lafer no

Habeas Corpus n. 82.249, em parecer *contrário* às pretensões do paciente (Sr. Ellwanger, que questionava a aplicação da imprescritibilidade do racismo ao antissemitismo – ver HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004). Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, "a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um *colorido diferenciado*, emprestando-lhe *caráter pluralista e aberto*, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito" (ADI 3.842 / MG , Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão de 3-12-2009, *DJe* de 10-12-2009 – grifo não constante do original).

No caso das audiências públicas, as Leis n. 9.868/99 e 9.882/99 possibilitam que sejam realizadas audiências públicas para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria discutida. Em caso recente, o Min. Luiz Fux determinou a realização de audiência pública para que sejam colhidas as opiniões técnicas e sociais no bojo da ADI 4.103 que impugna a Lei n. 11.705/2008, também conhecida como "Lei Seca", que proíbe a venda de bebidas alcoólicas à beira das rodovias federais ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia. De acordo com o Ministro, é "valiosa e necessária a realização de audiências públicas sobre diversos temas controvertidos nestes autos, não só para que esta Corte possa ser municiada de informação imprescindível para o deslinde do feito, como, também, para que a *legitimidade democrática* do futuro pronunciamento judicial seja, sobremaneira, incrementada", observou ainda o relator da matéria (grifo nosso, ver Notícias do STF, 14-11-2011).

De modo *indireto*, a sociedade civil interage com o STF por meio da *representação* a entes com poderes processuais de provocação do STF (como, por exemplo, a Procuradoria-Geral da República). Outro espaço indireto de influência da sociedade civil no STF seria o da *sabatina dos candidatos a Ministros do STF no Senado Federal* (art. 101, parágrafo único, da CF/88), por meio da apresentação de sugestões de perguntas da sociedade civil organizada a Senadores, que poderiam indagar os candidatos sobre a perspectiva de proteção de direitos humanos.

No que tange aos órgãos internacionais de direitos humanos, a sociedade civil organizada pode apresentar *petições contra o Estado brasileiro e ainda participar como amici curiae,* em casos de violações de direitos humanos, como veremos no item 13.3.6, do Capítulo IV, da Parte II.

6.3. A MÁXIMA EFETIVIDADE, A INTERPRETAÇÃO *PRO HOMINE* E O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO

O critério da máxima efetividade exige que a interpretação de determinado direito conduza ao *maior proveito* do seu titular, com o menor sacrifício imposto aos titulares dos demais direitos em colisão. A máxima efetividade dos direitos humanos conduz à aplicabilidade *integral* desses direitos, uma vez que todos seus comandos são vinculantes. Também implica a aplicabilidade *direta,* pela qual os direitos humanos previstos na Constituição e nos tratados podem incidir diretamente nos casos concretos. Finalmente, a máxima efetividade conduz à aplicabilidade *imediata,* que prevê que os direitos humanos incidem nos casos concretos, sem

qualquer lapso temporal.

Já o critério da interpretação *pro homine* exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo. *Grosso modo*, a interpretação *pro homine* implica reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação ao caso concreto, na exigência de adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo.

A interpretação *pro homine*, contudo, sofre *desgaste* profundo pelo reconhecimento da existência da interdependência e colisão aparente entre os direitos, o que faz ser impossível a adoção desse critério no ambiente do século XXI no qual *há vários direitos* (de titulares distintos) *em colisão*. Como adotar a interpretação *pro homine* em causas envolvendo direitos em colisão? Qual indivíduo deve ser privilegiado e qual indivíduo deve ter seu direito comprimido?

Apesar desse desgaste e inoperância, o critério da interpretação *pro homine* é encontrado em *várias* decisões judiciais, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Para o Min. Celso de Mello, "os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação, ao caso, do art. 7º, n. 7, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano" (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 6-2-2009).

Na mesma linha do critério *pro homine,* há o uso do *princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo,* que defende a *escolha*, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais) daquela que seja mais *benéfica* ao indivíduo. Por esse critério, não importa a origem (pode ser uma norma internacional ou nacional), mas sim o resultado: o benefício ao indivíduo. Assim, seria novamente cumprindo o ideal *pro homine* das normas de direitos humanos.

Ocorre que, como visto acima, a abertura e expansão dos direitos humanos faz com que haja *vários direitos* (de titulares distintos) *em colisão*. Como escolher a "norma mais favorável ao indivíduo" em causas envolvendo direitos de titulares – indivíduos – distintos? Novamente, o critério da primazia da norma mais favorável nada esclarece, devendo o intérprete buscar apoio nos métodos de solução de conflitos de direitos (ver no capítulo seguinte).

Nesse ponto, cumpre anotar a posição de Sarlet, que defende, nesses casos de colisão e na ausência de possibilidade de concordância prática entre as normas, a *prevalência da norma que mais promova a dignidade da pessoa humana*[49].

QUADRO SINÓTICO

A interpretação	
A interpretação conforme os direitos humanos	• Interpretação conforme a Constituição: consiste no instrumento hermenêutico pelo qual é escolhida a interpretação de uma norma que seja compatível com a Constituição, suspendendo-se, assim, as variantes interpretativas conflitantes com a ordem constitucional. • Interpretação conforme os direitos humanos: consiste na escolha, pelo intérprete, quando a norma impugnada admite várias interpretações possíveis, de uma que a compatibilize com os direitos humanos. • Com base nessa interpretação, os direitos humanos influem em todo o Direito e nos atos dos agentes públicos e privados, concretizando-se seu efeito irradiante. • A interpretação conforme os direitos humanos é fruto da interdependência e indivisibilidade desses direitos, já que a compreensão e aplicação de uma norma de direitos humanos é feita levando-se em consideração os demais direitos atingidos. • Todo o conjunto de direitos humanos deve ser levado em consideração. Assim, os direitos humanos são direitos *prima facie*, ou seja, direitos que asseguram em um primeiro momento posições jurídicas, que, em um segundo momento, podem sofrer restrições pela incidência de direitos titularizados por outros indivíduos.

A interpretação dos direitos humanos: aspectos gerais	• A interpretação é toda atividade intelectual que visa solucionar problemas jurídicos por meio dos seguintes passos: 1) escolha dos textos normativos relevantes; 2) atribuição de significados a esses textos; e 3) resolução da questão jurídica à luz dos parâmetros eleitos. • Visão tradicional sobre a interpretação: • A interpretação jurídica é vista como uma atividade de extração, de determinado texto normativo, do seu real significado, sempre evitando que os pendores pessoais do intérprete possam influenciar na aplicação da norma. • Críticas à visão tradicional: 1) a busca do real alcance e sentido da norma nos levaria à dispensa da interpretação diante da clareza do texto a ser interpretado; porém, só é possível determinar a clareza ou obscuridade de determinada lei após a interpretação; 2) a interpretação contribui para o nascimento da norma e não é uma atividade neutra, de extração de um sentido já preexistente. • A interpretação é uma atividade de cunho constitutivo (e não meramente declaratório), que constrói a norma a ser a aplicada ao caso concreto, a partir do amálgama entre o texto normativo e os dados da realidade social que incidem sobre esse texto. • As regras tradicionais de interpretação são insuficientes no campo dos direitos humanos, já que as normas nesta matéria são redigidas de forma aberta, repletas de conceitos indeterminados e interdependentes e com riscos de colisão. Consequentemente, a interpretação é indispensável para que se possa precisar e delimitar os direitos humanos. • Razões para a importância da interpretação dos direitos humanos:

<table>
<tr>
<td>A interpretação dos direitos humanos: aspectos gerais</td>
<td>1) superioridade normativa, pois não há outras normas superiores às quais pode o intérprete buscar auxílio;
2) força expansiva, que acarreta a jusfundamentalização do Direito, fazendo com que todas as facetas da vida social sejam atingidas pelos direitos humanos.
• Função da interpretação: concretizar os direitos humanos por meio de procedimento fundamentado, com argumentos racionais e embasados, que poderá ser coerentemente repetido em situações idênticas, gerando previsibilidade jurídica e evitando o arbítrio e decisionismo do intérprete-juiz.
• A estrutura principiológica dos direitos humanos gera vários resultados possíveis em temas com valores morais contrastantes. Chega-se a uma conclusão que deve atender a uma “reserva de consistência” em sentido amplo (Häberle).
• Aplicada à seara dos direitos humanos, a reserva de consistência em sentido amplo exige que a interpretação seja:
1) transparente e sincera, evitando a adoção de uma decisão prévia e o uso da retórica da “dignidade humana” como mera forma de justificação da decisão já tomada;
2) abrangente e plural, não excluindo nenhum dado empírico ou saberes não jurídicos, tornando indispensável a participação de terceiros, como amici curiae;
3) consistente em sentido estrito, mostrando que os resultados práticos da decisão são compatíveis com os dados empíricos apreciados e com o texto normativo original;
4) coerente, podendo ser aplicada a outros temas similares, evitando as contradições que levam à insegurança jurídica.
• A adoção de um modelo aberto de processo de interpretação jusfundamental permite que os julgadores possam ter mais elementos para a tomada de decisão.</td>
</tr>
</table>

A interpretação dos direitos humanos: aspectos gerais	• Mecanismos de interação entre a sociedade civil e o STF: 1) apresentação, como *amicus curiae*, de memoriais em casos de direitos humanos (Lei n. 9.868/99, art. 7º, § 2º; Lei n. 9.882/99, art. 6º, § 2º; CPC, art. 543-C, § 4º); 2) exposição em audiências públicas promovidas pelo STF (Leis n. 9.868/99 e 9.882/99); 3) representação a entes com poderes processuais de provocação do STF (participação de modo indireto); 4) sabatina dos candidatos a Ministros do STF no Senado Federal (art. 101, parágrafo único – participação de modo indireto). • Mecanismos de interação entre a sociedade civil organizada brasileira e os órgãos internacionais de direitos humanos: apresentação de petições contra o Estado brasileiro e participação como *amici curiae*, em casos de violações de direitos humanos.
Máxima efetividade	• Critério da máxima efetividade: a) exige que a interpretação de determinado direito conduza ao maior proveito ao seu titular, com o menor sacrifício imposto aos titulares dos demais direitos em colisão; b) implica a aplicabilidade direta, pela qual os direitos humanos previstos na Constituição e nos tratados podem incidir diretamente aos casos concretos; c) conduz à aplicabilidade imediata, que prevê que os direitos humanos incidem nos casos concretos, sem qualquer lapso temporal.

Interpretação pro homine e prevalência da norma mais favorável ao indivíduo	• Critério da interpretação *pro homine*: a) exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo; b) implica reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação ao caso concreto, na exigência de adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo. • O princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo sofre desgaste profundo pelo reconhecimento da existência da interdependência e colisão aparente entre os direitos, o que faz ser impossível a adoção desse critério no ambiente do século XXI no qual há vários direitos (de titulares distintos) em colisão.

7. A resolução dos conflitos entre direitos humanos

7.1. ASPECTOS GERAIS: A DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A intensa abertura do ordenamento jurídico brasileiro aos direitos humanos é comprovada pela existência de amplo rol de direitos previsto na Constituição e nos tratados de direitos humanos. Como a nossa Constituição é compromissária, ou seja, alberga em seu texto diferentes visões e valores, os direitos nela previstos também são de diferentes matizes,

relacionando-se quer à lógica da preservação da *liberdade* (direitos de 1ª geração), quer à lógica da *igualdade* (direitos de 2ª geração), bem como à lógica da *solidariedade* (direitos de 3ª geração).

Além do caráter compromissário, os direitos previstos na Constituição e nos tratados internacionais são redigidos de forma imprecisa, com uso frequente de conceitos indeterminados, como "intimidade", "devido processo legal", "ampla defesa", entre outros, que podem ser interpretados de modo ampliativo, atingindo facetas novas da vida social, a depender da interpretação.

Salta aos olhos que *qualquer* atividade humana pode ser *encaixada* em normas de direitos humanos referentes à vida digna, igualdade e justiça social e liberdades das mais diversas. A depender da interpretação e compreensão do conteúdo dos direitos humanos podem ser criadas justificativas para determinadas ações humanas e para a imposição de deveres de proteção por parte do Estado e de terceiros.

Essas características forjam a chamada *força expansiva dos direitos humanos*, que consiste no fenômeno pelo qual os direitos humanos *contaminam* as mais diversas facetas do ordenamento jurídico. Essa verdadeira *jusfundamentalização do direito,* inclusive atingindo as relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos humanos, já exposta), gera conflitos aparentes entre direitos de titulares diversos, exigindo do intérprete *sólida* argumentação jurídica sobre os motivos da *prevalência* de um direito em *detrimento* de outro, em determinada situação.

Não é mais possível que o intérprete apele para fórmulas vazias de reiteração da "dignidade humana" quando, no caso concreto, ambos os interesses em choque revelam direitos de titulares *distintos*.

Por outro lado, os direitos humanos encontram seus limites tanto na sua redação original quanto na interação com os demais direitos. A tese pela qual os direitos fundamentais que não foram restringidos formalmente no texto da Constituição seriam imunes a qualquer outra limitação, não encontra eco na jurisprudência brasileira, uma vez que os direitos humanos convivem com os demais direitos previstos na Constituição e nos tratados internacionais *inexistindo* direitos *absolutos*. Logo, mesmo que um direito determinado não tenha uma redação que apresente qualquer limite (a ser criado pela lei, por exemplo, ou por ato administrativo), esse direito deve ser delimitado para não ferir os direitos de outros indivíduos.

A colisão de direitos (ou *colisão de direitos em sentido estrito*) é constatada quando o exercício de um determinado direito prejudica o exercício de outro direito do mesmo titular ou de titular diverso.

Do *ponto de vista subjetivo*, essas colisões podem envolver direitos do mesmo titular (nascendo a discussão sobre se o titular pode *dispor* do direito a ser sacrificado) ou de titulares diferentes. Nos casos nos quais o titular dos direitos em conflito é a mesma pessoa, existe a *concorrência de direitos*.

Do *ponto de vista objetivo*, as colisões podem envolver direitos idênticos ou direitos de diferentes espécies.

Canotilho defende que a colisão autêntica de direitos fundamentais se dá em caso de

choque ou conflito no exercício de direitos fundamentais de titulares diferentes, ao passo que a colisão de direitos em sentido impróprio se passa com o choque ou conflito no exercício de direitos fundamentais com outros bens protegidos pela Constituição[50].

Já a *colisão de direitos em sentido amplo* consiste no exercício de um direito que conflita ou interfere no cumprimento de um dever de proteção por parte do Estado. Como já visto, o dever de proteção do Estado é fruto da dimensão objetiva dos direitos humanos, que extrai de determinado direito o dever de proteção do Estado. Ou seja, há latente no conflito entre determinado direito e o dever de proteção a bens constitucionalmente protegidos (ou internacionalmente protegidos) *um conflito entre direitos*[51].

Logo, analisaremos abaixo as principais respostas da doutrina e da jurisprudência para solucionar os conflitos entre direitos humanos.

7.2. TEORIA INTERNA

A primeira fórmula de superação dos conflitos aparentes entre direitos humanos é o uso da interpretação *sistemática e finalística*, que determinaria o verdadeiro conteúdo dos direitos envolvidos e a adequação desse conteúdo à situação fática analisada. Esse modo de solução de conflitos entre direitos é denominado "teoria interna"[52], já que os conflitos são superados pela determinação do verdadeiro conteúdo interno dos direitos envolvidos. Assim, o conflito teria sido meramente aparente: um dos direitos envolvidos não foi aplicado ao caso concreto porque que esse direito nunca realmente incidiu sobre a situação fática.

A teoria interna, então, defende a existência de *limites internos a todo direito,* quer estejam traçados *expressamente* no texto da norma, quer sejam *imanentes* ou *inerentes* a determinado direito, que faz com que não seja possível um direito colidir com outro.

No caso do limite *expresso* ou *aparente*, o direito fundamental traz, em seu texto, a própria ressalva que o exclui da aplicação no caso concreto, como, por exemplo, a liberdade de expressão que *exclui* o anonimato. Quanto ao limite *imanente,* trata-se do poder do intérprete de reconhecer qual é a estrutura e finalidades do uso de determinado direito, delimitando-o. O *clássico exemplo de limite imanente* é o do homem que grita falsamente "fogo" em uma sala de cinema lotada, violando com sua conduta a integridade física daqueles que foram pisoteados pelo pânico gerado. A liberdade de expressão *nunca teria incidido*, pois ela não alberga a conduta de gritar "fogo" falsamente em um cinema lotado. *Nunca* existiu conflito entre direitos, pois aquele que assim agiu, atuou sem amparo de qualquer direito, pois a liberdade de expressão não protege esse tipo de conduta abusiva[53]. Como se viu, a teoria interna *nega* os conflitos entre direitos humanos. Virgílio Afonso da Silva lembra a máxima do direito francês, que sintetiza o âmago da teoria interna: "o direito cessa onde o abuso começa"[54].

A teoria interna impõe ao intérprete que conheça a natureza, estrutura, finalidades do direito em análise, para que possa bem delinear seu âmbito de atuação. Tudo o que estiver fora do âmbito de atuação daquele direito é, na realidade, uma conduta desprovida de amparo da ordem jurídica.

Em linha com a teoria interna está a *Teoria Estruturante do Direito* de Friedrich Müller

(também chamada de "metódica normativa-estruturante"), que defende a separação entre *programa da norma* (ou programa normativo) e *âmbito da norma* (ou âmbito normativo). Para Müller, a aplicação do direito não é um tradicional processo de subsunção do fato a determinada norma preexistente e sim um processo de concretização da norma a partir do texto e da realidade social. A interpretação inicia-se com análise da linguagem e finalidade do *texto* gerando o chamado "programa da norma". Em seguida, o aplicador deve se atentar ao "âmbito normativo", que é composto dos dados da realidade abrangida pelo *programa da norma*: a união do programa da norma aos dados da realidade (âmbito normativo) gera a norma jurídica incidente[55]. No exemplo do "gritar falsamente fogo" em um cinema lotado, vê-se que há um *suposto fático* que não está abrangido pelo programa da norma (liberdade de expressão), que é a *falsidade* e o *desejo de criar pânico*. Assim, em que pese o exemplo apresentado possuir determinado dado da realidade abrangido pelo programa da norma (foi feita a expressão de algo), havia um dado que extrapolou o programa da norma (gritar *falsamente*), não sendo então a citada conduta protegida pela liberdade de expressão.

Em síntese, a teoria dos limites internos dos direitos humanos defende que as restrições a tais direitos devem estar expressamente autorizadas pela Constituição e pelos tratados de direitos humanos, ou, ainda, devem ser extraídas dos limites imanentes de cada direito. A delimitação de cada direito será realizada por meio da apreciação tanto da redação do direito quanto também dos dados da realidade social sobre a qual o texto incide. O resultado do uso da teoria interna é singelo: ou a situação fática é albergada no âmbito de incidência de um direito humano, ou não é albergada e consequentemente não há direito algum a ser invocado.

A defesa da teoria interna sustenta que seu uso evita uma explosão do número de *falsas colisões* entre direitos humanos e a consequente insegurança jurídica sobre qual direito prevalecerá em determinada situação.

No STF, há precedentes nos quais está clara a ideia de combate às pseudocolisões ou falsas colisões de direitos, como se vê na seguinte decisão do Min. Gilmar Mendes: "Assinale-se que a ideia de conflito ou de colisão de direitos individuais comporta temperamentos. É que *nem tudo* que se pratica no suposto exercício de determinado direito *encontra abrigo no seu âmbito de proteção*. Dessarte, muitas questões tratadas como relações conflituosas de direitos individuais configuram conflitos aparentes, uma vez que as práticas controvertidas desbordam da proteção oferecida pelo direito fundamental em que se pretende buscar abrigo" (Extradição n. 896, Rel. Min. Carlos Velloso, decisão monocrática proferida pelo Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 11-7-2008, *DJE* de 5-8-2008, grifo não consta do original). No *caso Ellwanger* no Supremo Tribunal Federal, apesar de muitos votos terem feito referência à proporcionalidade (teoria externa, como veremos), constou do acórdão passagem típica de uma teoria interna, ao se defender que "O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. (...) O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra" (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004).

A *maior fragilidade da teoria interna* está justamente na dificuldade do intérprete delimitar, com argumentos racionais, o conteúdo dos direitos em análise, traçando seus limites, sem que ele seja *também* acusado de "arbitrário". Como aponta Novais, a coerência de que goza a doutrina dos limites (fruto da teoria interna) é meramente formal e possui o imenso defeito de "esconder" o jogo de valores opostos em disputa, sob o manto dos limites preestabelecidos em cada direito[56].

7.3. TEORIA EXTERNA

A teoria externa adota a *separação entre o conteúdo do direito e limites que lhe são impostos do exterior, oriundos de outros direitos*[57]. Essa teoria visa a superação dos conflitos de direitos dividindo o processo de interpretação dos direitos humanos em colisão em *dois* momentos.

No primeiro momento, delimita-se o direito *prima facie* envolvido, ou seja, identifica-se o direito que incide *aparentemente* sobre a situação fática. Nesse primeiro instante, o intérprete aprecia se a situação em análise encaixa-se em um conteúdo *prima facie* (aparente) de um determinado direito. Para tanto, o intérprete usa provisoriamente o direito de acordo com a *literalidade* do dispositivo, inclusive com as exceções previstas expressamente no texto da norma (por exemplo, ao se identificar o direito de reunião, o aprecia de acordo com as limitações expressas do texto da Constituição: "XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente").

Caso a situação fática se amolde no texto *prima facie* do direito, o intérprete deve, em um *segundo momento*, investigar se há limites *justificáveis* impostos por outros direitos, de modo a impedir que o *direito aparente* (ou direito *prima facie*) seja considerado um *direito definitivo*.

Assim, há um procedimento de interpretação bifásico da teoria externa: os direitos inicialmente protegidos (direitos *prima facie*) são identificados, mas só serão efetivamente aplicados sobre a situação fática, caso não exista uma restrição *justificável* criada externamente por outro direito. Há uma compressão do direito *prima facie* por parte dos demais direitos, gerando sua delimitação definitiva.

A justificação – ou não – da delimitação da ação do direito *prima facie* será feita pelo *critério da proporcionalidade,* que será fundamentar racionalmente as restrições impostas. No mesmo exemplo utilizado acima (gritar falsamente "fogo" em uma sala de cinema lotada), a teoria externa desenvolve o seguinte raciocínio bifásico: em primeiro lugar, identifica o direito *prima facie* envolvido, que é a liberdade de expressão de algo; em segundo lugar, verifica se há limite externo, fruto da existência de outros direitos e bens constitucionalmente protegidos (que representam, no limite, direitos de terceiros), o que, no caso, resulta na identificação do *direito à integridade física e à vida* daqueles que serão feridos ou mortos pelo pânico. Na *ponderação em sentido amplo* dos diversos direitos envolvidos, vê-se que a limitação à liberdade de expressão é perfeitamente justificável, graças ao critério da proporcionalidade (que veremos, com detalhes, abaixo).

Também cabe mencionar que as duas teorias (interna e externa) podem *resultar na mesma conclusão*, como se viu no exemplo acima, em especial em casos caricatos e simples, como o apresentado. São nos chamados *casos difíceis (hard cases),* ou seja, casos nos quais há conflitos de direitos redigidos de forma genérica e imprecisa, contendo valores morais contrastantes e sem consenso na comunidade sobre sua resolução, que a insuficiência da teoria interna se apresenta, levando a inúmeros precedentes judiciais a utilizarem a teoria externa (e a ponderação entre os bens e valores envolvidos). O uso da teoria interna em casos envolvendo, por exemplo, o conflito referente ao direito à integridade física do suposto pai e ao direito à identidade da criança (que, assim, exige a realização do exame de DNA, que dá a certeza pretendida), revela que é difícil o intérprete concluir pelo "conteúdo verdadeiro" do direito. Sarmento sustenta que nos casos difíceis o intérprete que optar pela teoria interna fará, antes, uma *ponderação camuflada ou escamoteada,* para depois expor um conteúdo verdadeiro do direito delimitado. Adotar a teoria externa nos casos difíceis resulta em maior transparência do raciocínio jurídico do intérprete[58].

O critério da proporcionalidade, então, é chave mestra da teoria externa, pois garante *racionalidade* e controle da *argumentação jurídica* que será desenvolvida para estabelecer os limites externos de um direito e afastá-lo da regência de determinada situação fática.

A principal crítica contra a teoria externa é que esta impulsiona uma *inflação* de conflitos sujeitos ao Poder Judiciário, resultando em aumento da imprevisibilidade e insegurança jurídica sem maior controle da decisão (a depender da ponderação), bem como maior déficit democrático, uma vez que o Poder Judiciário ditaria a última interpretação.

A resposta à crítica está no reconhecimento da inevitabilidade dos conflitos de direitos humanos, que são oriundos da própria redação do catálogo de direitos que consta da Constituição e dos tratados de direitos humanos. Essa redação é repleta de conceitos indeterminados e com valores morais contrastantes e polêmicos oriundos das sociedades plurais e complexas. No caso brasileiro, os valores contrastantes estão na própria Constituição *compromissária* de 1988, que adotou a proteção de direitos dos mais diversos matizes. Não é possível esconder os dilemas que assolam os casos de direitos humanos, apelando para os limites de um direito, que são igualmente difíceis de serem descritos sem que recaiamos no decisionismo. Nesse sentido, o STF adotou em *vários precedentes a teoria externa* para solucionar choques de direitos, como se vê no voto do Min. Gilmar Mendes: "Há referências na concepção constitucional presente, que prevê a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/1988), sopesada com a garantia de uma razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, redação da EC 45, de 8-12-2004). É com base na ponderação entre os dois valores acima identificados que a decisão de primeira instância admitia que uma mera cota de "apelo" seria suficiente para devolver a Juízo superior a matéria discutida. A presunção não se concretizou, na medida em que não se admitiu que a cota "apelo" fosse suficiente para instrumentalizar as razões de recurso, em prejuízo da autarquia, e da autoridade da decisão desafiada" (AI 529.733, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-10-2006, Segunda Turma, *DJ* de 1º-12-2006). Ou ainda no voto da Min. Cármen Lúcia, que "a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizaram a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente

ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF" (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11-3-2009, Plenário, Informativo n. 538). Finalmente, a Min. Ellen Gracie sustentou a legitimidade da imposição de condições judiciais (alternativas à prisão processual), uma vez que "não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto" (HC 94.147, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 27-5-2008, Segunda Turma, *DJE* de 13-6-2008).

Próximo também dessa teoria externa está a posição de Hesse, para quem os conflitos entre direitos fundamentais podem ser resolvidos pela *concordância prática.* A concordância prática defende que os direitos de estatura constitucional podem ser equilibrados entre si, gerando uma *compatibilidade* da aplicação dessas normas jurídicas de idêntica hierarquia, mesmo que, no caso concreto, seja minimizada a aplicação de um dos direitos envolvidos. A concordância prática exigirá do aplicador que leve em consideração os direitos envolvidos, tanto para *complementação* como para *modificação recíproca.* Para se chegar a tal resultado, faz-se um juízo de ponderação para que se chegue à atuação harmonizada, podendo ocasionar restrições a um dos direitos envolvidos. O STF possui vários precedentes de uso da posição de Hesse, como se viu recentemente: "O sigilo bancário, como dimensão dos direitos à privacidade (art. 5º, X, da CF) e ao sigilo de dados (art. 5º, XII, da CF), é direito fundamental sob reserva legal, podendo ser quebrado no caso previsto no *art. 5º, XII*, in fine, *ou quando colidir com outro direito albergado na Carta Maior*. Neste último caso, a solução do impasse, mediante a *formulação de um juízo de concordância prática*, há de ser estabelecida através da *devida ponderação dos bens e valores*, *in concreto*, de modo a que se identifique uma *'relação específica de prevalência entre eles'*" (RE 476.361/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 18-4-2011, publicado em 28-4-2011).

7.4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

7.4.1. Conceito e situações típicas de invocação na temática dos direitos humanos

O princípio da proporcionalidade consiste na aferição da idoneidade, necessidade e equilíbrio da *intervenção estatal* em determinado direito fundamental. Essa intervenção estatal pode ser fruto de conduta imputável a qualquer Poder do Estado: lei, ato administrativo ou decisão judicial. Por isso, esse princípio é utilizado em três situações típicas: 1) existência de lei ou ato administrativo que, ao incidir sobre determinado direito, o restrinja; 2) existência de lei ou ato administrativo que, ao incidir sobre determinado direito, não o proteja adequadamente; 3) existência de decisão judicial que tenha que, perante um *conflito de direitos humanos,* optar pela prevalência de um direito, limitando outro.

Trata-se de uma ferramenta de aplicação dos direitos humanos em geral, em situação de *limitação, concorrência ou conflito de direitos humanos,* na busca de proteção.

Originalmente, a proporcionalidade foi utilizada para combater os excessos das restrições a direitos, impostos por leis e atos administrativos. Por isso, era o instrumento de fiscalização

da ação excessivamente limitadora dos atos estatais em face dos diretos fundamentais, sendo considerado o “limite dos limites” e também denominado “proibição do excesso”.

Atualmente, a proporcionalidade não se reduz somente a essa atividade de fiscalização e proibição do excesso dos atos limitadores do Estado: há ainda duas facetas adicionais. Há a faceta de *promoção* de direitos, pela qual o uso da proporcionalidade fiscaliza os atos estatais excessivamente *insuficientes* para promover um direito (por exemplo, os direitos sociais), gerando uma “proibição da proteção insuficiente”. Finalmente, há a faceta de *ponderação* em um conflito de direitos, pela qual a proporcionalidade é utilizada pelo intérprete para fazer *prevalecer* um direito, restringindo outro. Como realçado pelo Min. Gilmar Mendes, em seu voto no Caso *Ellwanger: “*(...) o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflito” (Voto do Min. Gilmar Mendes, HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004).

Quanto à denominação, há frequente uso do termo “princípio da proporcionalidade”[59], “máxima da proporcionalidade”60, “regra da proporcionalidade”61, “postulado

[60] [61]

da proporcionalidade”[62], ou ainda “critério da proporcionalidade”[63].

As discussões doutrinárias[64] revelam que não há uniformidade, mas cabe reconhecer que a terminologia “princípio da proporcionalidade” possui forte repercussão nos precedentes do Supremo Tribunal Federal até hoje[65], sendo usada ainda na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, primeiro diploma internacional a expressamente mencionar o princípio da proporcionalidade.

De fato, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tem previsão inédita no plano internacional sobre o princípio da proporcionalidade ao dispor em seu art. 52 que “qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”. Essa Carta consiste em um rol de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, tendo sido adotada em 2000, sob a forma de uma declaração de direitos sem força vinculante. O Tratado de Lisboa de 2007 (entrou em vigor em 2009) a alterou e ainda estabeleceu que os Estados-membros da União Europeia podem adotá-la com força vinculante. Acima de tudo, a Carta é efetivamente utilizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia como parâmetro de interpretação sobre a proteção de direitos humanos na União Europeia[66].

7.4.2. Fundamento

Não há menção expressa ao princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Seu fundamento normativo encontra-se implícito na Constituição, na visão da doutrina e dos precedentes do STF, embora

não haja consenso.

Entre os fundamentos mencionados estão[67]:

1) *Estado Democrático de Direito*. O princípio da proporcionalidade seria implícito a qualquer Estado de Direito, pois nesse tipo de Estado há a vedação do excesso de poder na condução dos atos estatais, como se vê em vários precedentes do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha[68].

2) *Devido processo legal*. A proporcionalidade é fruto do reconhecimento do *devido processo legal substancial,* implícito no art. 5º, LIV, que exige que todo o comportamento do Estado seja devido, legítimo e pautado pela justiça material, funcionando a proporcionalidade como "princípio geral do direito"[69]. Esse fundamento, de origem norte-americana, tem forte repercussão na jurisprudência do STF, como se vê na seguinte ementa: "A anistia é ato político, concedido mediante lei, assim da competência do Congresso e do Chefe do Executivo, correndo por conta destes a avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade do ato, sem dispensa, entretanto, do controle judicial, porque pode ocorrer, por exemplo, desvio do poder de legislar ou afronta ao *devido processo legal substancial* (CF, art. 5º, LIV). Constitucionalidade da Lei 8.985, de 1995" (ADI 1.231, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-12-2005, Plenário, *DJ* de 28-4-2006). Ou ainda, nas palavras do Min. Celso de Mello: "O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV)" (ADI 1.407 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-3-1996, Plenário, *DJ* de 24-11-2000)[70].

3) *Dignidade humana e direitos fundamentais*. O princípio da proporcionalidade é justificado pelo vínculo de todo o ordenamento jurídico brasileiro à dignidade humana e aos direitos fundamentais (art. 1º, III), o que exige que todo ato dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e também as decisões judiciais) seja proporcional e atento à justiça material [71].

4) *Princípio da isonomia*. A proporcionalidade decorre do princípio da igualdade, pois os atos do Estado Democrático de Direito que sejam excessivos ou insuficientes contra a igualdade material e a justiça que a todos são devidas[72].

5) *Direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios da Constituição*. A proporcionalidade é considerada cláusula implícita decorrente do regime dos direitos fundamentais adotado pela Constituição (art. 5º, § 2º). Esse fundamento é encontrado em precedentes do STF sob a vigência da Constituição de 1967[73].

7.4.3. Elementos da proporcionalidade

A doutrina e a jurisprudência habitualmente decompõem o princípio da proporcionalidade em três elementos (também denominados subprincípios ou subcritérios), a saber: a adequação

das medidas estatais à realização dos fins propostos, a necessidade de tais medidas e finalmente a ponderação (ou equilíbrio) entre a finalidade perseguida e os meios adotados para sua consecução (proporcionalidade em sentido estrito). Esse detalhamento do princípio da proporcionalidade garante transparência e coerência no controle dos atos estatais, que são efetuados em geral pelos Tribunais.

Na aplicação da proporcionalidade, esses elementos são utilizados em *momentos distintos e sucessivos*. Se não houver o atendimento a um determinado elemento, nem se analisa o elemento seguinte, ou seja, não superado um primeiro elemento, o ato é considerado *desproporcional*.

Em um primeiro momento, o intérprete utiliza o elemento da adequação, pelo qual é examinado se a decisão normativa restritiva de um determinado direito fundamental resulta, em abstrato, na realização do objetivo perseguido. Busca-se verificar se o *meio escolhido* é apto para atingir a finalidade, que também deve ser constitucionalmente legítima. Para Rothenburg, é o elemento mais "fácil de ser cumprido e mais difícil de ser criticado", como demonstra um precedente importante do Supremo Tribunal Federal, no qual foi considerada inconstitucional a exigência legal de altura mínima de 1,60m para concurso público de escrivão de polícia, pois o meio empregado (exigência de altura mínima) *não* guardava pertinência lógica com o objetivo almejado por um concurso público para escrivão de polícia, cuja atividade é "estritamente escriturária" (voto do Min. Marco Aurélio): selecionar os mais aptos a bem exercer suas funções[74]. Curiosamente, posteriormente, o STF considerou *constitucional* a exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido. Ou seja, a finalidade da exigência (altura mínima) que restringe o direito de exercício de determinada profissão é compatível com a finalidade almejada, que é a seleção dos mais aptos para o exercício de uma determinada atividade, no caso, de delegado de polícia[75].

Após superado o momento de aferição da idoneidade, o intérprete deve avaliar o elemento da *necessidade*, também denominado elemento da intervenção mínima (ou ingerência mínima) ou ainda exigibilidade. O elemento da necessidade busca detectar se a decisão normativa é indispensável ou se existe outra decisão passível de ser tomada que resulte na *mesma finalidade* almejada, mas que seja menos maléfica ao direito em análise. Esse elemento visa a identificação de uma medida *menos* restritiva, mas *tão eficiente quanto* a medida proposta. Novamente, o intérprete deve se apoiar em *dados da realidade* e até mesmo em *prognósticos* sobre o futuro para, inicialmente, *identificar* as alternativas possíveis. Depois, deve avaliar se as demais medidas alternativas são, efetivamente, *menos restritivas e igualmente eficientes* para o atingimento do fim proposto.

Finalmente, o elemento da proporcionalidade em sentido estrito, também denominado *regra ou mandado de ponderação*, exige que o intérprete realize uma avaliação da relação custo-benefício da decisão normativa avaliada. Para ser compatível com a proporcionalidade em sentido estrito, a decisão normativa deve impor um sacrifício a um direito humano que seja nitidamente inferior ao benefício resultante do atingimento da finalidade almejada.

Assim, o elemento da proporcionalidade em sentido estrito realiza uma ponderação de bens e valores, ao colocar, de um lado, os interesses protegidos com a decisão normativa e,

por outro lado, os interesses que serão objeto de restrição. Para a decisão normativa ser válida e conforme aos direitos humanos, o peso da proteção a um determinado valor tem que ser superior ao peso da restrição a outro valor. Busca-se o "equilíbrio da intervenção estatal em determinado direito fundamental"[76].

Este é o elemento que mais sofre crítica, pois seria irracional, uma vez que é impossível quantificar juridicamente o "peso" de cada direito envolvido e, depois, compará-los. Por isso, há autores que excluem a proporcionalidade em sentido estrito, optando por elementos do critério da proporcionalidade um pouco diferentes da enumeração tríplice vista acima. Entre eles, citem-se Dimoulis e Costa, que adotam quatro elementos do critério da proporcionalidade: *licitude da finalidade almejada; licitude dos meios utilizados; adequação* e *necessidade.* Os primeiros dois elementos (licitude do fim almejado e do meio utilizado) dizem respeito a um exame formal, pois o fim almejado e o meio utilizado não podem ser, *em si,* vedados por norma constitucional. Já a adequação continua a ser a aptidão – em abstrato – da decisão normativa escolhida para a objeção da finalidade pretendida. Assim, para os citados autores, o elemento decisivo é o da *necessidade,* que, como vimos acima, deve identificar as alternativas e chegar à utilização do *meio menos gravoso* para a obtenção da finalidade pretendida[77].

Quer adotemos a divisão tríplice ou quatripartite do critério da proporcionalidade, o intérprete deve zelar por uma argumentação jurídica consistente, com uso de dados empíricos e objetivos, que demonstrem o acerto da decisão adotada. Consequentemente, os graus de intensidade da intervenção e os diferentes pesos das razões justificadoras devem ser explicitados pelos tribunais em marcos argumentativos ostensivos e transparentes, justamente para evitar qualquer crítica sobre eventual decisionismo e arbítrio sem reflexão[78].

7.4.4. A proibição da proteção insuficiente: o sentido positivo da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade possui ainda uma *dimensão positiva*, que consiste na *proibição da proteção insuficiente* a um determinado direito. Assim, ao mesmo tempo em que o Estado não se pode exceder no campo dos direitos humanos (*dimensão negativa,* proibição do excesso ou *Übermassverbot*), também não se pode omitir ou agir de modo insuficiente (proibição da insuficiência ou *Untermassverbot*)[79]. Por exemplo, o Estado, ao descriminalizar graves ofensas a direitos fundamentais (por exemplo, tortura), agiria contra a Constituição, pois a tutela penal seria considerada essencial para a adequada proteção desses bens jurídicos graças ao seu efeito dissuasório geral e específico.

Consequentemente, a proporcionalidade consiste não só em um instrumento de controle das restrições a direitos, mas também de controle da *promoção* a direitos. Essa atuação de proibição da proteção insuficiente decorre do reconhecimento dos *deveres de proteção,* fruto da dimensão objetiva dos direitos humanos. A proporcionalidade, então, tem *função dúplice*: serve para que se analise eventual "restrição em demasia", mas também serve para que se verifique se houve "proteção deficiente" dos direitos.

No Estado Democrático de Direito, no qual o Estado deve intervir na vida social para assegurar uma sociedade justa e solidária (art. 3º da CF/88), a proibição de insuficiência fixa

um mínimo de proteção *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito* a um direito, que sofre a *omissão do Estado* ou mesmo colisão com outros direitos.

No campo penal, a proporcionalidade age com seus dois vieses: na proibição do excesso, há o combate às leis que restringem, de modo excessivo, os direitos dos acusados; na proibição da insuficiência, atua para coibir leis e decisões judiciais que, de modo desproporcional, não protejam o direito à justiça das vítimas e o direito à segurança de todos beneficiados pela prevenção geral da tutela penal. Há aqueles que denominam, essa combinação das duas facetas do critério da proporcionalidade no âmbito penal, *garantismo integral ou positivo*[80].

No Supremo Tribunal Federal, há vários precedentes reconhecendo a *proibição da insuficiência* como faceta positiva do princípio (ou critério) da proporcionalidade. Entre eles cite-se a decisão do Min. Gilmar Mendes, pelo qual foi sustentado que "os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)". Concluiu o Min. Gilmar Mendes que "Parece lógico, portanto, que a efetividade desse direito social à segurança não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade. (...) De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico" (STA 419/RN – Decisão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-4-2010).

Também o voto do Ministro Lewandowski (relator), do Supremo Tribunal Federal, no caso da constitucionalidade da Lei n. 9.534/97 (gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito, indo além do art. 5º, LXXVI, que contempla apenas os "reconhecidamente pobres"), fez menção às duas facetas do princípio da proporcionalidade: a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente, sustentando que os dispositivos impugnados não violavam nenhuma delas (ADI 1.800, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-6-2007, Plenário, *DJ* de 28-9-2007).

A proibição da proteção insuficiente (ou deficiente) também utiliza os mesmos *três* subcritérios ou elementos da proporcionalidade: em primeiro lugar, a adequação exige que se verifique se o meio a ser utilizado alcança, em abstrato, o objetivo proposto (implementar o direito em questão); a *necessidade* exige que se adote a medida que imponha sacrifício menos intenso a outros direitos; finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito exige uma ponderação entre os benefícios alcançados pela proteção pretendida a um direito e os custos impostos a outros direitos, que serão comprimidos pela proteção ofertada.

7.4.5. A regra de colisão previamente disposta na Constituição e a ponderação de 2º grau

Em geral, a proporcionalidade é utilizada na solução de conflitos de direitos humanos

redigidos com termos indeterminados e genéricos. Por isso, a necessidade de um critério que leve a prevalência de um direito em relação a outro no caso concreto.

Por outro lado, a Constituição e os tratados de direitos humanos possuem alguns direitos que são redigidos de forma *determinada,* levando em consideração a interação com outros direitos, fixando-se limites. Em relação a tais direitos que já se apresentam redigidos de forma mais precisa, com *limites estabelecidos*, a dúvida é a seguinte: é possível aplicar o critério de proporcionalidade e ponderar de novo também esse direito, mesmo diante do fato de que sua redação originária na Constituição Federal de 1988 já possui regras claras solucionando colisões?

Dois exemplos clarificam o problema: 1) a existência de várias decisões judiciais proibindo a divulgação de notícias, circulação de livros ou vídeos, bem como a realização de peças artísticas diversas por *ofensa à intimidade e vida privada*, apesar de a Constituição ter proibido expressamente a censura de qualquer tipo; e 2) a autorização judicial de invasão policial *noturna* de domicílio, em que pese a Constituição ter estabelecido, entre outras condições, para a superação da inviolabilidade domiciliar, que essa seja feita "durante o dia".

No primeiro exemplo, *grosso modo*, os direitos que incidem sobre a publicação de notícias, vídeos, livros etc. consistem na liberdade de imprensa, expressão e comunicação e ainda no direito à intimidade. A base de ambos os direitos está no art. 5º: o inciso IX prevê que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; o inciso X (imediatamente após) dispôs que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Além disso, a Constituição previu expressamente uma "regra de colisão", tendo já ponderado esses direitos ao dispor que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, *sob qualquer forma*, processo ou veículo, *não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na própria Constituição* (art. 220). Paralelamente, o art. 220, § 1º, prevê que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, incisos V ("é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem") e X ("são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação").

Assim, a "regra de colisão" geral da Constituição é a seguinte: a liberdade de expressão e comunicação pode ser exercida, mas seu titular que violar direitos referentes à intimidade, honra, imagem e vida privada de outros responderá pelos danos causados. É a "liberdade com responsabilização posterior": não se admite restrição *sob qualquer forma* (art. 220, *caput*), mas responsabiliza-se aquele que abusa.

Porém, os precedentes judiciais pós-Constituição de 1988 caminham no sentido de possibilitar ao Estado-Juiz que interfira *previamente* e evite o dano à intimidade, vida privada, honra ou imagem. Vários são os casos; um deles, de grande repercussão na mídia, foi a proibição judicial de divulgação de vídeo envolvendo apresentadora de televisão e seu namorado, na praia de Cádiz (Espanha)[81]. Outro foi a decisão judicial do TJDF que proibiu o

jornal *O Estado de S.Paulo* que publicasse reportagem contendo fatos extraídos de autos criminais cobertos pelo sigilo judicial.

No STF, esse tema ainda *não* está pacificado. Em 2009, o jornal *O Estado de S.Paulo* ingressou com Reclamação no STF sustentando que essa decisão *judicial* de proibição de divulgação de fatos cobertos por segredo de justiça ofendia a liberdade de imprensa. A Reclamação não foi conhecida, por maioria, mas dois votos desnudaram o problema envolvendo a colisão de direitos cuja ponderação teria sido realizada pela própria Constituição. Em primeiro lugar, o Min. Gilmar Mendes sustentou que o direito à proteção judicial efetiva e inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) permitiria que um determinado juiz *protegesse a intimidade e outros valores constitucionais* antes de sua violação pela publicação de determinada matéria. Assim, a *responsabilidade "a posteriori"* que a Constituição de 1988 estabeleceu *não excluiria* a possibilidade de se solicitar uma providência judicial inibitória, apta a *impedir previamente* a realização do dano. Caberia, assim, uma "ponderação de segundo grau", agora perante o Poder Judiciário, abrangendo o direito à intimidade e os demais direitos envolvidos, uma vez que a solução constitucional (reparação *a posteriori* ou ulterior) pode ser insuficiente para todos os casos. Já Celso de Mello defendeu a aplicação, sem outra ponderação, da regra da responsabilização *a posteriori* e impossibilidade de qualquer censura, criticando duramente os magistrados que adotam outra postura da seguinte maneira: "(...) A minha crítica dirige-se a esses magistrados que parecem não ter consciência dos novos tempos que estamos vivendo" (grifos do original retirados – Voto do Min. Celso de Mello, Rcl 9.428, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 10-12-2009, Plenário, *DJE* de 25-6-2010).

O segundo exemplo é referente à *proteção domiciliar*. A Constituição estabelece, em seu art. 5º, XI, que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, *durante o dia*, por determinação judicial. A garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar é abrangente e alcança, de acordo com os precedentes do STF, inclusive escritórios ou similares (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, *DJE* de 1º-8-2008. Ver também HC 82.788/RJ, Rel. Min. Celso de Mello).

Porém, em inquérito perante o STF, foi autorizado pelo Min. *Cezar Peluso* o ingresso de policiais *durante a madrugada* em escritório de advocacia, para *instalação de escuta ambiental*. O STF, por maioria, considerou *lícita* a conduta do Ministro Relator, apesar da clara previsão constitucional de que a entrada sem consentimento (e sem flagrante delito, desastre ou prestar socorro) *só poderia ocorrer por ordem judicial e durante o dia*.

Por sua vez, foram votos vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Eros Grau, que consideraram a prova *ilícita*, uma vez que "a invasão do escritório profissional, que é equiparado à casa, no período noturno estaria em confronto com o previsto no art. 5º, XI, da CF" (Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 26-11-2008, Plenário, *DJE* de 26-3-2010 – ver as citadas passagens dos votos no Informativo n. 529, Brasília, 17 a 21-11- 2008).

O voto divergente do Min. Celso de Mello foi enfático: "A Polícia Federal não podia, ainda que munida de autorização judicial dada por esta Suprema Corte, ingressar, *durante a*

noite, em espaço privado protegido pela cláusula constitucional da inviolabilidade domiciliar (um escritório de Advocacia), pois a Constituição, tratando-se de determinação judicial, somente permite o seu cumprimento "durante o dia", como resulta claro, inequívoco, do que se acha previsto na parte final do inciso XI do art. 5º de nossa Lei Fundamental" (Informativo n. 584, Brasília, 26 a 30-4-2010).

A fundamentação da minoria (em resumo: *a autorização judicial violou a Constituição, pois esta exige que a violação do domicílio nesses casos seja "durante o dia")* é de fácil assimilação, pois consta de dispositivo expresso da Constituição.

Já a fundamentação dos votos da maioria e, em especial, do Min. Relator Cezar Pelulo nos aproxima, de novo, da aplicação do princípio da proporcionalidade mesmo na existência de *direito redigido de modo preciso e limitado* pela própria Constituição. A intangibilidade dos domicílios durante a noite mesmo diante de ordem judicial foi ponderada com os demais direitos constitucionais.

De acordo com o que consta do Informativo n. 529 do STF, enfatizou-se que "os interesses e valores jurídicos, que não têm caráter absoluto, representados pela inviolabilidade do domicílio e pelo poder-dever de punir do Estado, devem ser ponderados e conciliados à luz da proporcionalidade quando em conflito prático segundo os princípios da concordância. Não obstante a equiparação legal da oficina de trabalho com o domicílio, julgou-se ser preciso recompor a *ratio* constitucional e indagar, para efeito de colisão e aplicação do princípio da concordância prática, qual o direito, interesse ou valor jurídico tutelado por essa previsão. Tendo em vista ser tal previsão tendente à tutela da intimidade, da privacidade e da dignidade da pessoa humana, considerou-se ser, no mínimo, duvidosa, a equiparação entre escritório vazio com domicílio *stricto sensu*, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem. De toda forma, concluiu-se que as medidas determinadas foram de todo lícitas por encontrarem suporte normativo explícito e guardarem precisa justificação lógico-jurídico constitucional, já que a restrição consequente não aniquilou o núcleo do direito fundamental e está, segundo os enunciados em que desdobra o princípio da proporcionalidade, amparada na necessidade da promoção de fins legítimos de ordem pública".

Assim, utilizou-se a proporcionalidade e a concordância prática para justificar uma "*ponderação de segundo grau*", ou seja, apesar de a regra de colisão já ter sido estabelecida pela Constituição (e o constituinte ter ponderado a limitação do direito à justiça e à verdade em face do direito à inviolabilidade domiciliar) o STF decidiu submeter essa regra ("durante o dia") a uma nova ponderação e, tendo em vista o caso concreto, autorizou a invasão noturna do domicílio, uma vez que o escritório de advocacia estaria a serviço dos criminosos – justamente aproveitando do seu direito à inviolabilidade domiciliar – e a colocação da escuta ambiental seria inviável durante o dia.

Semelhante à ponderação de 2º grau está o chamado "duplo controle de proporcionalidade". Trata-se de avaliar se a aplicação de normas que aparentemente não violariam direitos fundamentais poderiam, *no caso concreto*, resultar em violação de direitos[82]. A doutrina cita, como exemplo, o Caso *Lebach*, no qual foram discutidos, em concreto, a liberdade de informação e os direitos da personalidade. Em abstrato, não havia nenhuma ofensa à proporcionalidade pelo exercício do direito à informação por parte de

órgão de imprensa, que noticia a prática de crime por determinado indivíduo. Em concreto, o Tribunal Constitucional da Alemanha considerou que a divulgação dos fatos criminosos e da identidade de envolvido em latrocínio rumoroso (ocorrido no vilarejo de Lebach, no qual quatro soldados, que guardavam um depósito de munição, foram assassinados, com roubo de armas), em programa de televisão, *anos depois*, ameaçava, de forma *desproporcional*, o seu direito ao pleno desenvolvimento da personalidade em um cenário de ressocialização[83].

Do nosso ponto de vista, é *plenamente possível* a ponderação de 2º grau, uma vez que o Poder Constituinte *não consegue esgotar* a regência expressa de todas as hipóteses de colisão entre os direitos fundamentais. Novas situações sociais surgem, gerando inesperadas colisões de direitos e exigindo ponderação pelo intérprete. Foi o que ocorreu com a "invasão noturna" de escritório de advocacia, autorizada pelo STF, e ainda a *interceptação telefônica* ordenado por magistrado em *processo cível* (a CF/88 prevê apenas em casos criminais – ver comentário a este caso na Parte IV, item 9.16) aceita pelo STJ (ver a Parte IV, sobre direitos em espécie), o que sugere que novos casos de ponderação em situações não previstas pelo Constituinte ocorrerão no futuro.

7.4.6. Proporcionalidade e razoabilidade

O princípio da razoabilidade no campo dos direitos humanos consiste na exigência de verificação da legitimidade dos fins perseguidos por uma lei ou ato administrativo que regulamente ou restrinja o exercício desses direitos, além da compatibilidade entre o meio empregado pela norma e os fins visados.

A origem desse instituto é norte-americana, sendo extraído da cláusula do devido processo legal. Conforme lição de Luís Roberto Barroso, o princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, extrapolou o caráter estritamente processual (*procedural due process*), gerando uma segunda faceta, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento do princípio da razoabilidade das leis e atos administrativos. O princípio da razoabilidade estabelece o controle do arbítrio dos Poderes Legislativo e Executivo e é "por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral". Em resumo, para Barroso, o "princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça"[84].

Há aqueles que defendem *equivalência entre os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade,* uma vez que ambos têm como fundamento o chamado "*devido processo legal substancial*", sendo institutos idênticos com terminologia diferente apenas. Essa é a posição de vários precedentes do Supremo Tribunal Federal, como se vê no seguinte trecho de acórdão do STF: "à luz do princípio da *proporcionalidade ou da razoabilidade*, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria" (HC 76.060, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 31-3-1998, Primeira Turma, *DJ* de 15-5-1998)[85].

Porém, há aqueles que diferenciam *razoabilidade* e *proporcionalidade,* enfatizando que a razoabilidade representa apenas um dos elementos do critério da proporcionalidade (elemento

adequação), sendo este mais amplo. Para Virgílio Afonso da Silva, a regra da proporcionalidade é mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins (adequação)[86].

7.4.7. Inconstitucionalidade e proporcionalidade

Ao estudar o critério da proporcionalidade, há o risco de se considerar que a ofensa à proporcionalidade gera, em si, a invalidade de determinada norma. Por exemplo, no plano da avaliação da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, existiria o seguinte raciocínio: uma lei é desproporcional e considerando que a proporcionalidade é cláusula implícita no *devido processo legal substancial* (art. 5º, LIV), consequentemente a lei referida seria inconstitucional porque violou o referido inciso LIV do art. 5º.

Ocorre que esse raciocínio impede que se perceba que a proporcionalidade é um critério, mera ferramenta na aplicação das normas. Nessa linha e voltando ao exemplo anterior, veremos que o raciocínio correto é diferente: a lei tratou de modo *desproporcional* determinado direito ou valor constitucional; por violar esse direito específico (tratado de modo desproporcional) é que a referida lei é inconstitucional.

A diferença é sutil e não afeta a conclusão ("a lei é inconstitucional"), mas há a grande vantagem de se dar transparência e exigir do julgador que explicite qual é o direito que foi tratado de modo desproporcional e *porque esse tratamento previsto pela lei foi considerado desproporcional.* Tratar a proporcionalidade como um critério ou método de avaliação tem a imensa vantagem de exigir dos julgadores uma exposição clara e consistente da argumentação jurídica que levou a *prevalência de um direito ou valor constitucional,* não bastando afirmar que é "desproporcional" e por isso inconstitucional *por si* só.

Essa discussão tem tido repercussão no STF, tendo o Min. Eros Grau sustentado que: "Eu pediria ao Tribunal que dissesse: há uma ofensa a tal ou qual preceito constitucional. Singelamente, sem explicitar que há uma ofensa ao tal princípio da proporcionalidade, que nem é princípio; é uma pauta, é um método de avaliação da ofensa, ou não, da Constituição. (...) Nós não estamos julgando segundo a proporcionalidade, mas eventualmente dizendo que, *por não ser proporcional em relação à liberdade, à afirmação da igualdade, por exemplo, julgamos inconstitucional*. Mas a inconstitucionalidade está referida não à proporcionalidade ou à razoabilidade, *porém a direito fundamental que tenha sido violado pelo texto*" (Passagem da intervenção oral – sem direito a voto – do Min. Eros Grau na ADI 855, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-2008, Plenário, *DJE* de 27-3-2009).

QUADRO SINÓTICO

A resolução dos conflitos entre direitos humanos

• Força expansiva dos direitos humanos: consiste no fenômeno pelo qual os direitos humanos contaminam as mais diversas facetas do ordenamento jurídico.

• Intensa abertura do ordenamento jurídico brasileiro aos direitos humanos – existência de amplo rol de direitos previsto na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos.

• Os direitos previstos na Constituição e nos tratados internacionais são redigidos de forma imprecisa, com uso frequente de conceitos indeterminados, que podem ser interpretados de modo ampliativo, atingindo facetas novas da vida social, a depender da interpretação.

• Jusfundamentalização do direito gera conflitos aparentes entre direitos de titulares diversos, exigindo do intérprete sólida argumentação jurídica sobre os motivos da prevalência de um direito em detrimento de outro, em determinada situação.

• Direitos humanos encontram seus limites tanto na sua redação original quanto na interação com os demais direitos. Não existem direitos absolutos, porque os direitos convivem com os demais direitos humanos.

• Colisão de direitos:

  • Colisão de direitos em sentido estrito: é constatada quando o exercício de um determinado direito prejudica o exercício de outro direito do mesmo titular ou de titular diverso.

  a) Do ponto de vista subjetivo:

    1. Direitos do mesmo titular (nascendo a discussão sobre se o titular pode dispor do direito a ser sacrificado): concorrência de direitos (cruzamento ou acumulação de direitos);

    2. Direitos de titulares diferentes: colisão autêntica.

  b) Do ponto de vista objetivo:

    1. Direitos idênticos;

    2. Direitos de diferentes espécies.

  • Colisão de direitos em sentido amplo: consiste no exercício de um direito que conflita ou interfere no cumprimento de um dever de proteção de um direito qualquer por parte do Estado.

Teoria Interna	• Os conflitos são superados pela determinação do verdadeiro conteúdo dos direitos envolvidos. Trata-se de fórmula de superação dos conflitos aparentes entre direitos humanos, mediante o uso da interpretação sistemática e finalística, que determinaria o verdadeiro conteúdo dos direitos envolvidos e a adequação desse conteúdo à situação fática analisada. • Para a teoria interna, há limites internos a todo direito, quer estejam traçados expressamente no texto da norma, quer sejam imanentes ou inerentes a determinado direito, que faz com que não seja possível um direito colidir com outro. • Limite expresso ou aparente: o direito fundamental traz, em seu texto, a própria ressalva que o exclui da aplicação no caso concreto. • Limite imanente: trata-se do poder do intérprete de reconhecer qual é a estrutura e finalidades do uso de determinado direito, delimitando-o. • A teoria interna nega os conflitos entre direitos humanos: “o direito cessa onde o abuso começa”. • A teoria interna impõe ao intérprete que conheça a natureza, estrutura, finalidades do direito em análise, para que possa delinear seu âmbito de atuação. Tudo o que estiver fora desse âmbito é uma conduta desprovida de amparo da ordem jurídica. • Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller (“metódica normativa-estruturante”): defende a separação entre programa da norma (gerado da análise da linguagem e finalidade do texto) e âmbito da norma (composto dos dados da realidade abrangida pelo programa da norma). • Para a teoria interna, as restrições aos direitos humanos devem ser expressamente autorizadas pela Constituição e pelos tratados de direitos humanos, ou, ainda, devem ser extraídas dos limites imanentes de cada direito. A delimitação de cada direito será realizada por meio da apreciação tanto da redação do direito quanto também dos dados da realidade social sobre a qual o texto incide. • Resultado do uso da teoria interna: ou a situação fática é albergada no âmbito de incidência de um direito humano, ou não é albergada e consequentemente não há direito algum a ser invocado.

Teoria Externa	• Adota a separação entre o conteúdo do direito e limites que lhe são impostos do exterior, oriundos de outros direitos. • Objetivo da teoria: superação dos conflitos de direitos dividindo o processo de interpretação dos direitos humanos em colisão em dois momentos: 1) Delimitação do direito *prima facie* envolvido (identificação sobre se o direito incide aparentemente sobre a situação fática); 2) Investigação sobre a existência de limites justificáveis impostos por outros direitos, de modo a impedir que o direito aparente seja considerado um direito definitivo. A justificação se dá pelo critério da proporcionalidade. • Casos difíceis (*hard cases*): casos nos quais há conflitos de direitos redigidos de forma genérica e imprecisa, contendo valores morais contrastantes e sem consenso na comunidade sobre sua resolução – insuficiência da teoria interna para solucioná-los – adoção da teoria externa nestes casos resulta em maior transparência do raciocínio jurídico do intérprete. • Critério da proporcionalidade: chave-mestra da teoria externa, pois garante racionalidade e controle da argumentação jurídica que será desenvolvida para estabelecer os limites externos de um direito e afastá-lo da regência de determinada situação fática. • Posição de Hesse: os conflitos entre direitos fundamentais podem ser resolvidos pela concordância prática: os direitos de estatura constitucional podem ser equilibrados entre si, gerando uma compatibilidade da aplicação dessas normas jurídicas de idêntica hierarquia, mesmo que, no caso concreto, seja minimizada a aplicação de um dos direitos envolvidos.

O critério da proporcionalidade	
Conceito	Consiste na aferição da idoneidade, necessidade e equilíbrio da intervenção estatal (por meio de lei, ato administrativo ou decisão judicial) em determinado direito fundamental. Trata-se de uma ferramenta de aplicação dos direitos humanos em geral, em situação de limitação, concorrência ou conflito de direitos humanos, na busca de proteção.
Situações típicas de invocação do critério da proporcionalidade na temática dos direitos humanos	1) existência de lei ou ato administrativo que, ao incidir sobre determinado direito, o restrinja; 2) existência de lei ou ato administrativo que, ao incidir sobre determinado direito, não o proteja adequadamente; 3) existência de decisão judicial que tenha que, perante um conflito de direitos humanos, optar pela prevalência de um direito, limitando outro.
Facetas do critério da proporcionalidade	a) fiscalização e proibição do excesso dos atos limitadores do Estado; b) promoção de direitos, pela qual o critério da proporcionalidade fiscaliza os atos estatais excessivamente insuficientes para promover um direito, gerando uma "proibição da proteção insuficiente"; c) ponderação em um conflito de direitos, pela qual o critério da proporcionalidade é utilizado pelo intérprete para fazer prevalecer um direito, restringindo outro.

Fundamentos	• Implícitos na CF/88, na visão da doutrina e dos precedentes do STF, embora não haja consenso: • Estado Democrático de Direito; • Devido processo legal; • Dignidade humana e direitos fundamentais; • Princípio da isonomia; • Direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.
Elementos da proporcionalidade	a) *adequação* das medidas estatais à realização dos fins propostos: examina-se se a decisão normativa restritiva de um determinado direito fundamental resulta, em abstrato, na realização do objetivo perseguido; b) *necessidade* das medidas: busca-se detectar se a decisão normativa é indispensável ou se existe outra decisão passível de ser tomada que resulte na mesma finalidade almejada, mas que seja menos maléfica ao direito em análise; c) *proporcionalidade em sentido estrito*: ponderação (ou equilíbrio) entre a finalidade perseguida e os meios adotados para sua consecução (proporcionalidade em sentido estrito); avaliação da relação custo-benefício da decisão normativa avaliada.
Proibição da proteção insuficiente	• Proibição da proteção insuficiente é o sentido positivo do critério da proporcionalidade: o critério não é apenas controle das restrições a direitos, mas também controle da promoção a direitos. • Decorre do reconhecimento dos deveres de proteção, fruto da dimensão objetiva dos direitos humanos. • A proibição da proteção insuficiente também utiliza os mesmos três elementos da proporcionalidade.

“Ponderação de segundo grau”	• Apesar de a regra de colisão já ter sido previamente estabelecida na Constituição (e o constituinte ter ponderado a limitação dos direitos em colisão), submete-se essa regra a uma nova ponderação.
“Duplo controle de constitucionalidade”	• Trata-se de avaliar se a aplicação de normas que aparentemente não violariam direitos fundamentais poderiam, no caso concreto, resultar em violação de direitos.
Princípio da razoabilidade no campo dos direitos humanos	• Consiste na exigência de verificação da legitimidade dos fins perseguidos por uma lei ou ato administrativo que regulamente ou restrinja o exercício desses direitos, além da compatibilidade entre o meio empregado pela norma e os fins visados. • Origem do instituto: norte-americana (extraído da cláusula do devido processo legal). • Doutrina brasileira: duas correntes: a) Ideia de que há equivalência entre os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que ambos têm como fundamento o chamado “devido processo legal substancial”; b) Ideia de que razoabilidade e proporcionalidade se diferenciam; a razoabilidade representa apenas um dos elementos do critério da proporcionalidade (elemento adequação), sendo este mais amplo.
Proporcionalidade e inconstitucionalidade	A proporcionalidade é um critério, uma ferramenta na aplicação das normas. Assim, se a lei tratou de modo desproporcional determinado direito ou valor constitucional, por violar esse direito específico (tratado de modo desproporcional), a referida lei é inconstitucional.

8. A proteção do conteúdo essencial dos direitos humanos e a “garantia dupla”

A proteção do conteúdo essencial consiste no *reconhecimento da existência de núcleo permanente, que não pode ser afetado de forma alguma, em todo direito fundamental*. Esse núcleo é intocável, constituindo-se em um “limite do limite” para o legislador e aplicador dos direitos humanos. A parte do direito que pode ser *regulada* ou *limitada* é somente aquela que não faz parte desse núcleo inexpugnável.

A teoria da proteção do conteúdo essencial origina-se de dispositivos expressos de determinadas Constituições, como, por exemplo, a Lei Fundamental de Bonn de 1949 (art. 19.2[87], ao que tudo indica, a primeira a expressamente estabelecer tal proteção), a Constituição de Portugal (art. 18.3), da Espanha (art. 53.1) e, na América do Sul, a Constituição do Chile de 1980 (art. 19). Em comum a todas elas está o fato de terem sido

redigidas após ditaduras. No plano internacional, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece, em seu art. 52.1 que "qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o *conteúdo essencial* desses direitos e liberdades". Esse dispositivo é fruto da influência alemã e é evidente *reação* ao passado ditatorial recente de vários novos ingressantes da União Europeia (ex-países comunistas, como Polônia e outros).

No Brasil, não há adoção expressa na CF/88 da proteção do "conteúdo essencial", mas determinados autores, como Sarlet, sustentam que as cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal *implicitamente* resultam na garantia do conteúdo essencial dos direitos humanos[88]. Já Gilmar Mendes defende que a existência da garantia do conteúdo essencial é *implícita* ao próprio "modelo garantístico usado pelo Constituinte"[89].

Há duas teorias a respeito de como delimitar o *conteúdo essencial* dos direitos humanos: a teoria do "conteúdo essencial absoluto" e a teoria do "conteúdo essencial relativo".

Para a teoria do conteúdo essencial absoluto, o conteúdo essencial de um direito é determinado por meio da análise, *em abstrato*, de sua redação, o que seria suficiente para identificar e separar seus elementos essenciais dos não essenciais. Assim, seria possível identificar já na redação do direito "um espaço de maior intensidade valorativa (o coração do direito) que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar realmente de existir" (Vieira de Andrade[90]).

Na maioria dos casos, contudo, os direitos humanos apresentam uma redação concisa e lacônica, o que dificulta a identificação desse "núcleo duro" e intangível de determinado direito, o que torna a teoria absoluta *irrealizável*. Nesse sentido, decidiu o STF: "(...) É verdade que a teoria absoluta, ao acolher uma noção material do núcleo essencial, insuscetível de redução por parte do legislador, pode converter-se, em muitos casos, numa fórmula vazia, dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial" (STF, HC 85.687-0-RS, voto do Min. Gilmar Mendes).

Por sua vez, a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos humanos sustenta que o núcleo essencial não é preestabelecido e fixo, mas *determinável em cada caso*, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, após a realização de um juízo de proporcionalidade com outros direitos eventualmente em colisão. A teoria relativa utiliza o princípio da proporcionalidade, para, de acordo com as exigências do momento, ampliar ou restringir o conteúdo essencial de um direito. O núcleo essencial de determinado direito seria formado pelo mínimo insuscetível de restrição ou redução com base em um *processo de ponderação*. Para a teoria relativa, então, o conteúdo essencial decorre da proporcionalidade e, assim, a simples aceitação da proporcionalidade implica respeitar o conteúdo essencial dos direitos humanos[91].

No Brasil, há poucos casos de invocação da garantia de conteúdo essencial e neles não há definição sobre a teoria (absoluta ou relativa) adotada. Quando se menciona a garantia do conteúdo essencial dos direitos humanos em precedentes do STF, há o uso de uma "garantia dupla" dos direitos humanos. Em primeiro lugar, verifica-se se a restrição a determinado direito é aceitável de acordo com o *princípio da proporcionalidade;* em seguida, avalia-se se

essa restrição não esvaziou totalmente o "conteúdo essencial" do direito em análise.

Nesse sentido, o voto do Min. Celso de Mello é claro ao adotar essa "garantia dupla" dos direitos humanos, ao decidir que: "Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, *a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*" (Voto do Min. Celso de Mello no HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004; repetido em outros votos do Ministro).

Em caso envolvendo a não obrigatoriedade de diploma específico para o exercício da profissão de jornalista, o Min. Gilmar Mendes adotou essa "garantia dupla", ao dispor que "a restrição legal desproporcional *e* que viola o conteúdo essencial da liberdade deve ser declarada inconstitucional" (RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-6-2009, Plenário, *DJE* de 13-11-2009).

Em *sentido contrário* a essa posição do STF, posiciona-se Virgílio Afonso da Silva, para quem a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é "simples decorrência do respeito à regra da proporcionalidade" (posição da teoria relativa vista acima). Assim, se eventual restrição a direito fundamental passar no "teste da proporcionalidade", essa restrição é *constitucional* e apta a ser utilizada pelo intérprete[92].

QUADRO SINÓTICO

A proteção do conteúdo essencial dos direitos humanos
• Proteção do conteúdo essencial dos direitos humanos: consiste no reconhecimento da existência de núcleo permanente, que não pode ser afetado de forma alguma, em todo direito fundamental. Trata-se de um núcleo intocável, constituindo-se em um "limite do limite" para o legislador e aplicador dos direitos humanos. • A proteção do conteúdo essencial origina-se de dispositivos expressos de determinadas Constituições (Lei Fundamental de Bonn, Constituição de Portugal, Constituição da Espanha, Constituição do Chile), que foram redigidas após ditaduras. • No plano internacional, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece a proteção do conteúdo essencial dos direitos humanos. • No Brasil, não há previsão expressa da proteção do "conteúdo essencial", mas determinados autores sustentam que as cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, da CF/88 implicitamente resultam na garantia do conteúdo essencial dos direitos humanos. • Teorias a respeito de como delimitar o conteúdo essencial dos direitos humanos: • Teoria do "conteúdo essencial absoluto": sustenta que o conteúdo essencial de um direito é determinado por meio da análise, em abstrato, de sua redação, o que seria suficiente para identificar e separar seus elementos essenciais dos não essenciais. • Teoria do "conteúdo essencial relativo": sustenta que o núcleo essencial não é preestabelecido e fixo, mas determinável em cada caso, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, após a realização de um juízo de proporcionalidade com outros direitos eventualmente em colisão. A teoria relativa utiliza o critério da proporcionalidade, para, de acordo com as exigências do momento, ampliar ou restringir o conteúdo essencial de um direito.

9. Espécies de restrições dos direitos humanos

9.1. AS RESTRIÇÕES LEGAIS: A RESERVA LEGAL SIMPLES E A RESERVA LEGAL QUALIFICADA

A restrição a direitos humanos é realizada por meio de lei ou por meio de interpretação judicial que decide o conflito entre direitos em colisão.

A *restrição em sentido amplo* de um direito fundamental consiste em ação ou omissão do Estado, que *elimina*, *reduz*, *comprime* ou *dificulta* de alguma maneira o exercício de direito fundamental pelo seu titular, ou ainda enfraquece *os deveres de proteção* que dele resultam ao Estado, afetando negativamente o exercício desse direito por seu titular[93].

Em sentido estrito, a restrição a um direito consiste em *intervenções legislativas* que foram autorizadas pela Constituição para limitar determinado direito, desde que respeitadas a proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos humanos. São as chamadas *restrições legais* aos direitos humanos.

Em relação às restrições legais, a Constituição de 1988 traz dois tipos claros de restrições permitidas: a restrição ou reserva legal *simples* e a restrição ou reserva legal *qualificada*.

A *reserva legal simples* consiste na *autorização dada pela Constituição a edição*

posterior de lei que adote determinada restrição a direito fundamental. Basta a leitura da Constituição para encontrarmos vários casos de reserva de lei simples na seara dos direitos humanos, como, por exemplo, nos seguintes incisos do art. 5º: VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, *na forma da lei*, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII – é assegurada, *nos termos da lei*, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, *nos termos da lei*, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, *nos termos da lei*, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses *previstas em lei*[94]. A terminologia varia: "na forma da lei"; "nos termos da lei"; "previstas em lei", entre outras, mas com uma característica comum: a Constituição *não fixa previamente os requisitos, condições ou parâmetros* da lei a ser editada pelo legislador.

Já a *restrição ou reserva legal qualificada* é aquela em que a Constituição, além de estabelecer a reserva de lei, ainda estipula os requisitos e condições que a lei necessariamente deve observar. O art. 5º, XIII, que trata da liberdade do exercício profissional estabelece ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*

Todavia, toda reserva legal de um direito fundamental é, na verdade, uma "reserva legal *proporcional*", ou seja, deve a lei que impôs a restrição ser aprovada pelo crivo da proporcionalidade (Voto do Min. Gilmar Mendes no ADI 855, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-2008, Plenário, *DJE* de 27-3-2009, grifo nosso).

9.2. OS DIREITOS SEM RESERVA EXPRESSA: A RESERVA LEGAL SUBSIDIÁRIA E A "RESERVA GERAL DE PONDERAÇÃO"

Há ainda direitos previstos na Constituição sem qualquer menção à lei restritiva. Mesmo assim, tais direitos *estão* sujeitos a uma *reserva legal subsidiária,* podendo o legislador regular esse direito em face dos demais valores constitucionais. Claro que a norma legal regulamentadora deverá sobreviver ao teste da proporcionalidade, demonstrando que a eventual limitação a direito previsto sem restrição expressa da Constituição, atendeu, de modo proporcional, a realização de outros direitos constitucionais.

O exemplo sempre lembrado é o da regulamentação do sigilo de correspondência pela Lei n. 7.210/84, que *permite* a violação da correspondência do preso (art. 41, parágrafo único), apesar de o art. 5º, XII, da CF/88 tratar da "inviolabilidade da correspondência" *sem qualquer ressalva* ou permissão de violação "nos termos da lei". A lei foi considerada válida, uma vez que a interceptação da correspondência dos presos foi justificada em nome da preservação do direito à segurança de todos, inclusive dos agentes penitenciários. Nesse sentido, decidiu o STF que "a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei

7.210/1984, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas" (HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-3-1994, Primeira Turma, *DJ* de 24-6-1994).

Além da "reserva legal subsidiária", todos direitos fundamentais – mesmo sem restrição expressa – estão sujeitos a uma "reserva geral de ponderação" [95], uma vez que esses *dispositivos estão sujeitos à ponderação* com outros valores previstos na Constituição, relacionados a outros direitos fundamentais em colisão.

9.3. AS LIMITAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS PELAS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

Há limitações de direitos humanos que resultam da inserção do titular desses direitos em uma *situação de sujeição* especial do indivíduo perante o Poder Público. Essa *sujeição* ocorreria devido à necessidade de atendimento a determinadas necessidades sociais, que, sem tal sujeição, não teriam como ser atendidas.

O exemplo maior seria o regime jurídico especial dos membros das Forças Armadas, submetidos à *hierarquia e disciplina próprias*, afetando os direitos dos militares e que seriam indispensáveis para a boa organização castrense. A própria Constituição de 1988 impõe limites expressos aos direitos humanos dos militares, em especial no art. 5º, LXI ("ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, *salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar*, definidos em lei") e ainda no art. 142, *caput* e § 2º ("Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na *hierarquia e na disciplina* (...) § 2º *Não* caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares").

Esse *atendimento a necessidades sociais diferenciadas* seria o fundamento para determinadas restrições ou mesmo supressões de determinados direitos existentes em situações análogas no seio da sociedade civil. Consequentemente, o regime jurídico dos direitos humanos de *militares*, *funcionários públicos*, *sentenciados, estudantes* e *internos* da *rede escolar pública*, entre outros, seria distinto e poderiam ser seus direitos menos abrangentes do que os direitos dos demais indivíduos que não estivessem em tal situação.

O princípio da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado* é a justificativa da legitimidade de tais restrições a direitos humanos dos submetidos a uma relação especial de sujeição. Porém, não se justifica, na atualidade, a invocação *sem maior discussão* dessa supremacia do interesse público. Ao contrário, há hoje o critério da *proporcionalidade* que pode orientar a interpretação dos direitos desses indivíduos, no choque com os direitos de terceiros e bens constitucionalmente protegidos. Não cabe apenas invocar o regime de "relação especial de sujeição" para restringir determinado direito: é necessário que tal restrição seja *proporcional* e, com isso, resolva de maneira adequada o conflito entre o direito do indivíduo submetido a tal relação especial de sujeição e os direitos da comunidade. Por exemplo, será que o regime disciplinar das Forças Armadas – com o amesquinhamento do princípio da legalidade e tipicidade, permitindo amplíssima dose de discricionariedade na

caracterização e na dosimetria de sanções disciplinares pelo superior hierárquico – é *proporcional* e atende as finalidades em uma sociedade democrática? Do nosso ponto de vista, não basta justificar esse regime (imposto pelo "Estatuto dos Militares", Lei n. 6.880/80) apenas alegando a "relação especial de sujeição", mas deve ser analisado o conflito entre os direitos dos indivíduos (submetidos a tal poder) e os direitos dos terceiros, que são beneficiados pela existência de uma Força Armada preparada e eficiente.

QUADRO SINÓTICO

<table>
<tr><th colspan="2">Espécies de restrições dos direitos humanos</th></tr>
<tr><td colspan="2">• A restrição a direitos humanos é realizada por meio de lei ou por meio de interpretação judicial que decide o conflito entre direitos em colisão.
• Restrição em sentido amplo de um direito fundamental: consiste em ação ou omissão do Estado, que elimina, reduz, comprime ou dificulta de alguma maneira o exercício de direito fundamental pelo seu titular, ou ainda enfraquece os deveres de proteção que dele resultam ao Estado, afetando negativamente o exercício desse direito por seu titular.
• Restrição em sentido estrito: consiste em intervenções legislativas que foram autorizadas pela Constituição para limitar determinado direito, desde que respeitadas a proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos humanos. São as chamadas restrições legais aos direitos humanos.</td></tr>
<tr><td>As restrições legais</td><td>A Constituição de 1988 traz dois tipos claros de restrições legais permitidas:
• Restrição ou reserva legal simples: consiste na autorização dada pela Constituição a edição posterior de lei que adote determinada restrição a direito fundamental.
• Restrição ou reserva legal qualificada: é aquela em que a Constituição, além de estabelecer a reserva de lei, ainda estipula os requisitos e condições que a lei necessariamente deve observar.
Toda reserva legal de um direito fundamental é, na verdade, uma "reserva legal proporcional", ou seja, deve a lei que impôs a restrição ser aprovada pelo crivo da proporcionalidade.</td></tr>
</table>

Os direitos sem reserva expressa	• Reserva legal subsidiária: situação em que direitos são previstos na Constituição sem qualquer menção à lei restritiva, mas podem ser regulados pelo legislador em face dos demais valores constitucionais. • "Reserva geral de ponderação": todos os direitos fundamentais estão a ela submetidos, uma vez que estão sujeitos à ponderação com outros valores previstos na Constituição, relacionados a outros direitos fundamentais em colisão.
Limitações dos direitos humanos pelas relações especiais de sujeição	• São oriundas da inserção do titular dos direitos humanos em uma situação de sujeição especial do indivíduo perante o Poder Público, decorrente da necessidade de atendimento a determinadas necessidades sociais, que, sem tal sujeição, não teriam como ser atendidas. • Exemplos: regime jurídico dos direitos humanos de militares, funcionários públicos, sentenciados, estudantes e internos da rede escolar pública. • Justificativa da legitimidade de tais restrições a direitos humanos submetidos a uma relação especial de sujeição: princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado – entretanto, é necessário que a restrição seja proporcional.

1 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

2 VASAK, Karel. "For the Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity", Inaugural lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July 1979. In: VASAK, K. (ed). *The international dimension of human rights.* Paris: Unesco, 1982. v. I e II.

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. FERREIRA FILHO, Manoel G. *Os direitos humanos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional de direitos humanos.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. v. II. WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos.* São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38.

4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

5 Por todos, ver FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Challenges for human rights.* Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, em especial p. 66.

6 Häberle, Peter. *Pluralismo y Constitución*: estudios de la Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002. MENDES, Gilmar. "Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional". Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 21 set. 2011. JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado.* Trad. da 2ª ed. alemã por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970.

7 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

8 SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20Daniel Sarmento2.pdf>.

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1989, p. 174-175.

10 "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)."

11 Corte Europeia de Direitos Humanos, *Pretty vs. Royaume-Uni*, julgamento de 29 de abril de 2002, *Recueil* 2002, parágrafo 65.

12 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril, v. XXV, 1974 (Col. Os Pensadores).

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2001.

14 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, em especial p. 305.

15 MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

16 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

17 SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998, p. 92.

18 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1983, p.14.

19 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social.* Trad. Mário Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1996.

20 MARITAIN, Jacques. *Les droits de l'homme et la loi naturel*. Paris: Paul Hartmann Éditeur, 1947. FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

21 Nem todos os Ministros compartilham a existência de um "direito natural à fuga". Para o Min. Lewandowski, "a fuga do réu do distrito da culpa justifica o decreto ou a manutenção da prisão preventiva" (HC 90.967/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 18-9-2007).

22 Nas palavras de Perelman, "...essa concepção do positivismo jurídico soçobra ante os abusos do hitlerismo, como toda teoria científica inconciliável com os fatos" (PERELMAN, Chaïm. É possível fundamentar os direitos do homem. In: *Ética e o Direito.* Trad. Maria Ermentina G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 395).

23 COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. *Revista Consulex,* v. 48, p. 43, dez. 2000.

24 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito.* 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1994, p. 104 e 142.

25 PONTARA, Giuliano. Utilitarismo. In: BOBBIO, Norberto; MANTEUCCI, Nicola: PASQUINO, Gianfranco (Coords.). *Dicionário de política.* 4. ed. Trad. João Ferreira. Brasília: Unb, 1992, v. 2, p. 1274-1284.

26 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

27 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 30.

28 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59-60.

29 LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. In: *Estudos Avançados* 11 (30), 1997, p. 55-65, em especial p. 55.

30 Utilizando aqui a feliz expressão de Celso Lafer (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

31 WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos.* 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 162.

32 WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos.* 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 174-176.

33 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

34 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

35 Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

36 PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 55.

37 Decisão do Conseil d'État, de 27 de outubro de 1995, n. 136727, Commune de Morsang-sur-Orge.

38 Deliberação em petição individual contra a França, n. 854/1999, de 26 de julho de 2002.

39 Mais detalhes do caso, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

40 AGRA, Walber de Moura. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça constitucional*: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC,* São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004.

42 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva,

2013.
43 Voto do Min. Celso de Mello, STA 175-AgR/CE, Informativo do STF n. 582, abril de 2010. Ver também seu voto vencido na ADI 3.105, Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-8-2004, *DJ* de 18-2-2005.
44 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37.
45 GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 74-75.
46 Esse posicionamento foi exposto em GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 74-75.
47 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
48 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 15-31.
49 SARLET, Ingo W. Direitos fundamentais, reforma do Judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo W.; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (orgs). *Direitos Humanos e Democracia.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 331-360.
50 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1251-1253.
51 ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217: I-VI, p. 67-79, jul./set. 1999.
52 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
53 Exemplo retirado do voto do Juiz *Oliver Wendell Holmes Jr.*, em 1919, no julgamento Schenck *vs*. United States (249 U.S. 47, 52).
54 SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, p. 23-51, 2006, em especial p. 37.
55 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
56 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 320.
57 Também denominada "pensamento de intervenção e limites". NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 292.
58 SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, em especial p. 259.
59 Por exemplo, utilizam a expressão "princípio da proporcionalidade" entre outros: LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 311. BARROSO, Luís Roberto. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (Coord.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001, p. 319-342, em especial p. 328. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 394. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003. Apoiado pelos precedentes de órgãos internacionais de direitos humanos, CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
60 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117-118.
61 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.
62 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.
63 Utilizado por TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 678; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 177; ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: *Princípios processuais civis na Constituição*. Coord. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 283-319.
64 Ver mais detalhes sobre essas questões terminológicas em ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 151-179, 1999.
65 Por exemplo, em julgamento de 2009: "Por fim, não há que se falar em ofensa ao *princípio da proporcionalidade*, pois o ato impugnado revelou-se adequado e necessário, atingindo sua finalidade de proteção e defesa do consumidor, tal qual

estabelece o art. 5º, XXXII, da CF de 1988" (RMS 23.732, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-11-2009, Segunda Turma, *DJE* de 19-2-2010 – grifo não consta do original). Ou ainda, em julgamento de 2007: "exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao *princípio da proporcionalidade*. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 – posteriormente convertida na Lei 10.522/2002 –, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/1972" (ADI 1.976, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 28-3-2007, Plenário, *DJ* de 18-5-2007, grifo não consta do original).

66 Ver mais em CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos na integração econômica.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

67 Steinmetz, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

68 HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 176.

69 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 319.

70 Na doutrina, seguem esse fundamento, entre outros, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, e ainda BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

71 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 193.

72 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 395.

73 Constituição de 1967, art. 150, § 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota. HC 45.232, Rel. Themístocles Cavalcanti, julgamento em 21-2-1968, *DJ* de 17-6-1968, p. 2228, citado por MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 316.

74 Para o STF: "No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escriturária, muito embora de nível elevado" (RE 150.455, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-12-1998, Segunda Turma, *DJ* de 7-5-1999.) ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: *Princípios processuais civis na Constituição*. Coord. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 283-319.

75 Para o STF: "Razoabilidade da exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido. Violação ao princípio da isonomia. Inexistência" (RE 140.889, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 30-5-2000, Segunda Turma, *DJ* de 15-12-2000).

76 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

77 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 204-232.

78 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

79 Para Virgílio Afonso da Silva, foi Canaris o primeiro a utilizar o termo "*Untermassverbot*" (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *RT*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002, em especial p. 27.

80 FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Último acesso em: 7 dez. 2011.

81 Esse caso redundou no bloqueio (por ordem judicial) do acesso brasileiro a *site* mundialmente popular de exibição de vídeos, uma vez que o citado vídeo lá era inserido. Ver mais sobre o caso em ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: *Princípios processuais civis na Constituição.* Coord. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 283-319.

82 COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 326.

83 Descrição do caso e decisão obtida em MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.* Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 487 e s.

84 BARROSO, Luís Roberto. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (Coord.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001, p. 319-342, em especial p. 320 e

324-325.

85 Na doutrina, além de Luís Roberto Barroso (já citado), ver MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

86 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *RT*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

87 *In verbis*: "em nenhum caso poderá ser afetado o conteúdo essencial de um direito fundamental".

88 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 354.

89 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 305.

90 Um dos defensores da teoria do conteúdo essencial absoluto é VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Reimp. Coimbra: Almedina, 1987, p. 233 e 235-236.

91 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010, em especial p. 203.

92 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010, em especial p. 202.

93 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 247.

94 Conforme consta do voto do Min. Gilmar Mendes no HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004. Também ver MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 297.

95 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 359.

PARTE II

ASPECTOS PRINCIPAIS DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, DE DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

I.

OS TRÊS EIXOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

A proteção dos direitos essenciais do ser humano no plano internacional recai em três sub-ramos específicos do Direito Internacional Público: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR).

Inicialmente, deve-se evitar segregação entre esses três sub-ramos, pois o objetivo é comum: a proteção do ser humano. Com base nesse vetor de interação e não segregação, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é, sem dúvida, o mais abrangente, atuando o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR) em áreas específicas.

A inter-relação entre esses ramos é a seguinte: ao DIDH incumbe a proteção do ser humano em todos os aspectos, englobando direitos civis e políticos e também direitos sociais, econômicos e culturais; já o DIH foca na proteção do ser humano na *situação específica* dos conflitos armados (internacionais e não internacionais); finalmente, o DIR age na proteção do *refugiado*, desde a saída do seu local de residência, trânsito de um país a outro, concessão do refúgio no país de acolhimento e seu eventual término.

Os dois últimos ramos são *lex specialis* em relação ao DIDH, que é *lex generalis,* e aplicável subsidiariamente a todas as situações, na ausência de previsão específica.

Além da relação de *especialidade*, há também uma relação de *identidade e convergência.* O art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário (ver abaixo) converge com a proteção de direitos humanos básicos, como o direito à vida e integridade física em tempo de paz. No mesmo sentido, há garantias fundamentais que foram adotadas nos dois Protocolos Adicionais de 1977 às Convenções de Genebra (Protocolo I, art. 75, e Protocolo II, arts. 4º a 6º, ver abaixo). Por sua vez, o Direito dos Refugiados possui diversos pontos convergentes aos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como é o caso do *princípio da proibição da devolução (ou proibição do rechaço – non-refoulement*), que consta da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (art. 33) e simultaneamente da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (art. 3) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 22.8 e 9), sem contar o dever dos Estados de tratar com dignidade o solicitante do refúgio, o que é espelho do dever internacional de proteger os direitos humanos (previsto na Carta da ONU).

Também é constatada uma relação de *complementaridade.* Tanto o DIH quanto o DIR não excluem a aplicação geral das normas protetivas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por exemplo, a Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1993) defendeu a adoção de medidas internacionais efetivas para

garantir e fiscalizar o cumprimento das normas de direitos humanos relativamente a povos sujeitos a ocupação estrangeira, devendo ser garantida uma proteção jurídica efetiva contra a violação dos Direitos Humanos destes povos, em conformidade com as normas de Direitos Humanos e com a Convenção de Genebra relativa à proteção de Civis em Tempo de Guerra (Convenção IV), de 12 de agosto de 1949, e outras normas aplicáveis de direito humanitário.

Também a relação de *complementaridade* se dá no uso do DIDH para suprir eventuais insuficiências dos demais, uma vez que *somente* no DIDH é que existem sistemas de acesso das vítimas a órgãos judiciais e quase judiciais internacionais (o que não ocorre no DIR ou no DIH)

Há ainda uma relação de *influência recíproca.* De início, o Direito dos Refugiados está ancorado no direito de todos, previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, de procurar e obter, noutros países, asilo contra as perseguições de que sejam alvo, bem como o direito de regressar ao seu próprio país. Além disso, as violações graves dos direitos humanos, nomeadamente em casos de conflito armado, são um dos fatores que conduzem à criação de refugiados.

Finalmente, as origens históricas também possuem raízes comuns. O mais antigo desses ramos é o DIH, voltado inicialmente à disciplina dos meios e métodos utilizados na guerra, mas que logo foi influenciado pela emergência do DIDH, após a edição da Carta da Organização das Nações Unidas e da Declaração Universal de Direitos Humanos. O Direito Internacional dos Refugiados também possui diplomas e órgãos anteriores à Carta da ONU, mas seu crescimento foi sistematizado após a Declaração Universal consagrar o direito ao asilo em seu artigo XIV.

QUADRO SINÓTICO

Os três eixos da proteção de direitos no plano internacional	
Eixos da proteção de direitos no plano internacional	• *Direito Internacional dos Direitos Humanos*: proteção do ser humano em todos os aspectos, englobando direitos civis e políticos e também direitos sociais, econômicos e culturais. • *Direito Internacional dos Refugiados*: age na proteção do refugiado, desde a saída do seu local de residência, concessão do refúgio e seu eventual término. • *Direito Internacional Humanitário*: foca na proteção do ser humano na situação específica dos conflitos armados (internacionais e não internacionais).
Objetivo comum	Proteção do ser humano.
Inter-relação entre os eixos	• Relação de especialidade do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional Humanitário com relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos; • Relação de identidade e convergência; • Relação de complementaridade; • Relação de influência recíproca.

II.

O SISTEMA UNIVERSAL (ONU)

1. A Carta Internacional dos Direitos Humanos

A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948 foi elaborada pela extinta Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas para ser uma etapa anterior à elaboração de um "tratado internacional de direitos humanos". O objetivo da Comissão era criar um marco normativo vinculante logo após a edição da DUDH. Porém, a guerra fria impediu a concretização desse objetivo e *somente em 1966* (quase vinte anos depois da DUDH) foram aprovados dois Pactos Internacionais: o dos Direitos Civis e Políticos e o dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais.

Na época, a doutrina consagrou o termo "Carta Internacional de Direitos Humanos" (*International Bill of Rights*), fazendo homenagem às chamadas "Bill of Rights" do Direito Constitucional e que compreende o seguinte conjunto de diplomas internacionais: (i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948; (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966; (iii) Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966.

O uso do termo "Carta Internacional de Direitos Humanos" também implicava o reconhecimento de que os dois Pactos não poderiam ser interpretados desconectados da DUDH, o que deu sistematicidade à proteção dos direitos humanos internacionais. Outra consequência da "Carta Internacional dos Direitos Humanos" foi a *reafirmação* do objetivo da ONU de proteger os direitos humanos, já previsto na Carta de São Francisco, mas frustrado pela Guerra Fria e pelo antagonismo entre Estados Unidos e União Soviética, dois membros extremamente influentes daquela organização. Desde a adoção dos dois Pactos, a ONU tem estimulado a adoção de vários tratados de direitos humanos em temas diversos, formando o chamado sistema global de direitos humanos (também chamado sistema universal ou onusiano).

Atualmente o sistema global é complexo e não se limita à Carta Internacional de Direitos Humanos, sendo composto por diversos tratados multilaterais de direitos humanos, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, como veremos a seguir.

2. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, junto do Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Contudo, entrou em vigor somente em 1976, pois exigiu ratificação de 35 Estados para entrar em vigor (art. 49, § 1º).

O Pacto teve por finalidade tornar juridicamente vinculantes aos Estados vários direitos já contidos na Declaração Universal de 1948, *detalhando-os* e criando *mecanismos* de monitoramento internacional de sua implementação pelos Estados Partes.

No Brasil, o Congresso Nacional aprovou o PIDCP por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991. A nota de adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi depositada em 24 de janeiro de 1992 e o Pacto entrou em vigor internacional, para o Brasil, em 24 de abril de 1992. Finalmente, o Pacto foi promulgado (incorporação interna) pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.

Seu texto possui 53 artigos, divididos em seis partes. Na *Parte I*, fica enunciado *o direito de todos os povos de dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais e à autodeterminação*, bem como o dever de todos os demais Estados de respeitarem esse direito.

Na *Parte II*, integrada por quatro artigos, o Pacto estabelece *o dever do Estado de respeito e a garantia* de todos os direitos nele previstos a todos os indivíduos que se achem em seu território, sem qualquer tipo de discriminação, inclusive quanto a origem nacional e, especialmente, entre homens e mulheres. Mesmo o imigrante em situação irregular pode invocar os direitos do PIDCP contra o Brasil. Além disso, os Estados comprometem-se a adotar medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos previstos no Pacto. O PIDCP exige de que toda pessoa que tenha direitos garantidos no Pacto violados possa dispor de um recurso efetivo, ainda que a violência tenha sido perpetrada por agente no exercício de funções oficiais, bem como de que qualquer decisão que julgar procedente tal recurso seja cumprida pelas autoridades competentes (art. 2º).

O Pacto também permite a suspensão das obrigações dele decorrentes em situações excepcionais que ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, desde que as medidas não sejam *incompatíveis* com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social (art. 4º), situação que deve ser comunicada imediatamente aos outros Estados Partes do presente Pacto, por intermédio do Secretário-Geral da ONU.

Entretanto, os direitos previstos nos arts. 6º (direito à vida), 7º (direito de não ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou a experiências médicas ou científicas), 8º (§§ 1º e 2º – direito de não ser submetido à escravidão e à servidão), 11 (direito de não ser preso apenas por não cumprir obrigação contratual), 15 (direito de não ser condenado por atos ou omissões não definidos como crime no direito nacional ou internacional, de não ser submetido a pena mais grave que a aplicável no momento da ocorrência do delito e de ver aplicada a lei penal mais benéfica), 16 (direito

ao reconhecimento da personalidade jurídica) e 18 (liberdade de pensamento, consciência e religião) *não* podem ser suspensos nestas hipóteses, tampouco se admitirá restrição ou suspensão dos direitos reconhecidos em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o Pacto não os reconhece ou os reconhece menor grau.

Na *Parte III*, composta por 22 artigos (6 a 27), o PIDCP enuncia e especifica o *rol dos direitos nele protegidos*. Ante a importância do Pacto para a efetivação de tais direitos, o rol será aqui apresentado de forma mais minuciosa.

O primeiro dos direitos garantidos é a *vida* (art. 6º), porém há hipóteses em que a pena de morte poderá ser imposta: nos países em que ainda não tenha sido abolida, poderá ser aplicada apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente, nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Ou seja, países que já a tenham abolido *não* poderão aplicá-la mais.

Previu também o *direito de não ser submetido à tortura, a penas ou tratamentos cruéis, nem a experiências médicas ou científicas sem seu livre consentimento* (art. 7). O PIDCP traz importante vínculo entre o direito à integridade física e psíquica e a experimentação médica (ver a Parte IV sobre os direitos em espécie).

Além disso, ninguém poderá ser submetido à escravidão e à servidão, ficando proibidos, em todas as suas formas, a escravidão e o tráfico de escravos (art. 8). Garantiu que toda pessoa tem *direito à liberdade e à segurança pessoais e ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente, nem poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei*, conforme os procedimentos nela determinados, além de outras garantias relacionadas à prisão (art. 9).

Fica garantido o *direito de que toda pessoa privada de liberdade seja tratada com humanidade e respeito à dignidade da pessoa humana*, devendo as pessoas processadas ser separadas das condenadas, recebendo tratamento distinto, bem como as pessoas jovens processadas deverão ser separadas das adultas. O Pacto prevê ainda que o objetivo principal do regime prisional deverá ser a reabilitação dos prisioneiros, devendo os jovens ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica (art. 10). Ademais, consagra o Pacto o *direito de que ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual* (art. 11). No Brasil, esse dispositivo fundou, em conjunto com o art. 7.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos, novo entendimento do STF, vedando a prisão civil do depositário infiel (Súmula Vinculante n. 25, do STF: “É Ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”).

O Pacto garante também o *direito à livre circulação* para pessoas que se encontrem no território do Estado Parte legalmente, bem como o *direito de sair livremente de qualquer país e de não ser privado arbitrariamente de entrar em seu próprio país* (art. 12). Assim, para o estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado Parte só poderá ser expulso mediante decisão proferida em conformidade com a lei (art. 13).

No art. 14, é prevista uma série de *garantias processuais*, como o direito de toda pessoa de ser ouvida publicamente por tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido

por lei; a presunção de inocência enquanto não for formalmente comprovada a culpa; e a publicidade das decisões, salvo se o interesse de menores exigir o oposto ou se a controvérsia disser respeito a questões matrimoniais ou a tutela de menores. Em certas hipóteses – por motivo de (i) moral pública, de (ii) ordem pública ou de (iii) segurança nacional, ou quando o (iv) interesse da vida privada das Partes o exija –, quando a publicidade prejudique os interesses da justiça, a imprensa ou o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento.

Ademais, são enunciadas as *garantias mínimas* a serem conferidas a todas as pessoas acusadas de um delito: *direito de ser informado*, sem demora, da natureza e dos motivos da acusação; de dispor de tempo e de meios necessários para a preparação de sua defesa e de se *comunicar* com o defensor de sua escolha; direito de *ser julgado* sem demora indevida; direito de *estar presente no julgamento e defender-se pessoalmente* ou por intermédio de defensor; caso não possua defensor, direito de ser informado do direito de ser assistido, bem como direito de ter *defensor designado de ofício* gratuitamente, caso não tenha condições de remunerá-lo; direito de *interrogar* ou fazer interrogadas as testemunhas de acusação e de defesa; direito de ser assistido gratuitamente por *intérprete*, caso não compreenda a língua empregada no julgamento e, finalmente, de não ser obrigado a depor contra si mesmo nem a confessar-se culpado. Ainda são previstos o *direito a recorrer* da sentença condenatória e da pena a uma instância superior; o direito a indenização da pessoa que sofreu pena decorrente de condenação por sentença posteriormente anulada ou que realizou ato para o qual foi posteriormente concedido indulto pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial; e o direito de não ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença com trânsito em julgado (proibição do *bis in idem*).

No art. 15, o Pacto estabelece garantias de ordem penal, como o *direito de não ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional*, no momento em que foram cometidos (princípio da legalidade), a *irretroatividade da lei penal mais gravosa* e a *retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu*.

Também o *direito ao reconhecimento da personalidade jurídica* é garantido a toda pessoa, em qualquer oportunidade (art. 16). Ademais, ninguém poderá ser alvo de *ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação*, devendo a lei proteger as pessoas de tais ingerências e ofensas (art. 17).

O Pacto garante, em seu art. 18, direitos de fundamental importância para a manutenção de sociedades democráticas: a *liberdade de pensamento*, *de consciência* e *de religião*. Nesse sentido, toda pessoa tem a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e de professá-la individual ou coletivamente, de forma pública ou privada, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino, assegurado aos pais e tutores legais o respeito quanto à educação religiosa e moral dos filhos. Tal liberdade só poderá sofrer limitações estabelecidas em *lei* e desde que sejam *necessárias* para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou ante a colisão dela com direitos e liberdades das demais

pessoas.

Além disso, ninguém poderá ser perseguido ou molestado por suas opiniões, incluindo-se no direito à liberdade de expressão a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza por qualquer meio de sua escolha. Tal direito, como todos os outros, não é absoluto, podendo estar sujeito a restrições, que devem estar expressamente previstas em lei, se forem necessárias para assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas e para proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas (art. 19). Também deve ser proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra e qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência (art. 20).

Por seu turno, os direitos *de reunião pacífica* e *de associação* são reconhecidos, inclusive o direito de constituir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses (arts. 21 e 22), podendo seu exercício estar sujeito apenas a restrições (i) previstas em lei e que sejam (ii) necessárias ao interesse da segurança nacional, (iii) da segurança ou da ordem pública, ou para (iv) proteger a saúde ou a moral pública ou (v) os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Confere-se ainda especial proteção à família, como elemento natural e fundamental da sociedade, reconhecendo-se o *direito do homem e da mulher de contrair casamento*, que não será celebrado sem o consentimento livre e pleno dos futuros esposos, e de *constituir família*. Nesse sentido, o Pacto prevê a obrigação dos Estados Partes de adotarem medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos durante o casamento e por ocasião de sua dissolução (art. 23).

Contudo, em 2000, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia não mencionou o direito de contrair casamento como um direito apenas do "homem e da mulher", indicando apenas que esse direito ao casamento deverá ser garantido pelas legislações nacionais, permitindo, então, a extensão de tal direito a casais do *mesmo* sexo.

Para as *crianças*, explicita-se o seu *direito de não sofrer discriminação alguma* por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, bem como o *direito às medidas de proteção por parte de sua família, da sociedade e do Estado* que sua condição de menor requerer. Toda criança tem o *direito de adquirir uma nacionalidade* e deverá ser *registrada imediatamente* após seu nascimento e deverá receber um nome (art. 24).

No art. 25, o Pacto enuncia os *direitos de participação política*, garantindo a todo cidadão o direito e a possibilidade, sem qualquer discriminação ou restrições infundadas, de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores e de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

Finalmente, garante-se o *direito à igualdade* de todos perante a lei e o direito de, sem discriminação alguma, receber igual proteção da lei (art. 26). Sendo assim, o Pacto explicita que a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas

proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. De outro lado, nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas a elas pertencentes não poderão ser privadas, juntamente com os outros membros do grupo, de ter sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua (art. 27).

Na *Parte IV*, composta por dezenove artigos (28 a 45), o Pacto determina a constituição do *Comitê de Direitos Humanos*, que receberá relatórios sobre as medidas adotadas para tornar efetivos os direitos civis e políticos e comunicações interestatais[1].

Na *Parte V*, composta por dois artigos, o Pacto enuncia que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada em detrimento das disposições da Carta das Nações Unidas e dos tratados constitutivos das agências especializadas (art. 46), tampouco em detrimento do direito inerente a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais (art. 47). Esse dispositivo visa impedir que os direitos humanos sejam invocados para prejudicar outros valores caros às sociedades humanas, bem como o direito à autodeterminação e desenvolvimento dos povos.

Finalmente, na *Parte VI*, constituída por seis artigos, o Pacto apresenta as formas para assinatura, ratificação e adesão (art. 48), a data de entrada em vigor (art. 49), a aplicação das disposições do Pacto a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos (art. 50), a forma de proposição, aprovação e entrada em vigor de emendas (art. 51) e as notificações relativas a todas essas situações (art. 52).

2.1. PROTOCOLO FACULTATIVO AO PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

O Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução da Assembleia Geral da ONU – na mesma ocasião em que o Pacto foi adotado – em 16 de dezembro de 1966, com a finalidade de instituir mecanismo de análise de petições de vítimas ao Comitê de Direitos Humanos por violações a direitos civis e políticos previstos no Pacto[2].

Está em vigor desde 23 de março de 1976. No Brasil, foi aprovado apenas em 16 de junho de 2009, pelo Decreto Legislativo n. 311/2009. Logo, as vítimas de violações de direitos protegidos no PIDCP contam com mais um mecanismo internacional de supervisão e controle das obrigações assumidas pelo Brasil.

2.2. SEGUNDO PROTOCOLO ADICIONAL AO PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

O Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte foi adotado e proclamado pela Resolução n. 44/128 da Assembleia Geral da ONU, de 15 de dezembro de 1989. No Brasil foi aprovado junto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 16 de junho de 2009, pelo Decreto Legislativo n. 311/2009, com a *reserva* expressa no art. 2º.

Esse dispositivo (art. 2º) prevê não ser admitida qualquer reserva ao Segundo Protocolo, exceto se for formulada no momento da ratificação ou adesão, que preveja a aplicação da pena de morte em virtude de condenação por infração penal de natureza militar de gravidade extrema cometida em *tempo de guerra*.

Com a reserva expressa feita pelo Brasil, o Segundo Protocolo ficou compatível com o dispositivo da Constituição de 1988 que veda a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, *a*).

Embora a pena de morte não tenha sido aplicada no Brasil desde *1855*, nem mesmo nas exceções constitucionalmente autorizadas pela Constituição[3], a incorporação do Protocolo vem na esteira da adesão ao Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativos à abolição da Pena de Morte, adotado em 8 de junho de 1990.

O Segundo Protocolo é composto por onze artigos. Por meio dele, reconhece-se que nenhum indivíduo sujeito à jurisdição de um Estado Parte poderá ser executado, devendo os Estados adotar todas as medidas adequadas para abolir a pena de morte no âmbito da sua jurisdição (art. 1º).

As medidas adotadas para implementar o Protocolo deverão ser informadas pelos Estados Partes nos relatórios que submeterem ao Comitê de Direitos Humanos (art. 40º do Pacto). Também para aqueles que tenham feito a declaração prevista no art. 41 no Pacto, o reconhecimento de competência do Comitê para receber e apreciar comunicações nas quais um Estado Parte alega que outro não cumpre suas obrigações é extensivo às disposições do Segundo Protocolo (art. 4º), salvo se declaração em contrário tenha sido feita no momento da ratificação ou adesão.

Além disso, para os Estados que tenham aderido ao primeiro Protocolo Adicional ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, o mecanismo de petição de vítimas é extensivo às disposições do Segundo Protocolo, salvo declaração em sentido contrário no momento da ratificação ou adesão (art. 5º).

QUADRO SINÓTICO

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	
Principais direitos garantidos	• Direito à vida. • Direito de não ser submetido à tortura, a penas ou tratamentos cruéis, nem a experiências médicas ou científicas sem seu livre consentimento. • Direito à liberdade e à segurança pessoais e de não ser preso ou encarcerado arbitrariamente, nem privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei. • Direito de que toda pessoa privada de liberdade seja tratada com humanidade e respeito à dignidade da pessoa humana. • Direito de não ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual. • Direito à livre circulação, direito de sair livremente de qualquer país e de não ser privado arbitrariamente de entrar em seu próprio país. • Garantias processuais. • Direito de não ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, irretroatividade da lei penal mais gravosa e a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu. • Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. • Direito a não ser alvo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

Principais direitos garantidos	• Liberdade de pensamento, de consciência e de religião. • Direito de reunião. • Direito de associação pacífica. • Direito de contrair casamento e constituir família. • Direitos específicos das crianças (direito de não sofrer discriminação alguma; direito às medidas de proteção por parte de sua família, da sociedade e do Estado que sua condição de menor requerer; direito de adquirir uma nacionalidade). • Direito de participação política. • Direito à igualdade.
Mecanismo de monitoramento do Pacto	• Relatórios sobre as medidas adotadas para tornar efetivos os direitos civis e políticos ao Comitê de Direitos Humanos. • Comunicações interestatais, que são submetidas ao exame do Comitê.
Protocolo Facultativo	• Mecanismo de petição individual ao Comitê.
Segundo Protocolo Adicional	• Objetivo de abolir a pena de morte. • Brasil fez reserva para assegurar a possibilidade de aplicação da pena de morte em caso de guerra declarada.

3. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado e aberto para assinatura, ratificação e adesão pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, em conjunto com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Entrou em vigor somente em 1976, três meses após a data do depósito do 35º instrumento de ratificação ou de adesão.

O PIDESC é considerado um marco por ter assegurado destaque aos direitos econômicos, sociais e culturais, *vencendo a resistência* de vários Estados e mesmo da doutrina, que viam os direitos sociais em sentido amplo como sendo meras recomendações ou exortações.

O Brasil, não obstante tenha participado de forma ativa na sua elaboração, só aprovou o texto do tratado por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991. A Carta de Adesão ao PIDESC foi depositada em 24 de janeiro de 1992 e o Pacto entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, três meses após a data do depósito, conforme determina seu art. 27, parágrafo 2º. Em 6 de julho de 1992, o PIDESC foi promulgado pelo Decreto n. 591, que entrou em vigor interno na data de sua publicação, em 7 de julho de 1992.

O PIDESC possui trinta e um artigos, divididos em cinco partes. A *primeira parte*, idêntica à do Pacto de Direitos Civis e Políticos, consagra o *direito de autodeterminação dos povos*, garantindo aos Estados a liberdade para determinar seu estatuto político, bem como a obrigação de que tal direito seja promovido e respeitado pelos demais Estados.

A *segunda parte*, formada de quatro artigos, enuncia os compromissos assumidos pelo Estado, especialmente com a finalidade de dar efetividade aos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, estabelece a obrigação de o Estado adotar medidas, inclusive pela assistência e cooperação internacionais, para assegurar, *progressivamente*, o pleno exercício daqueles direitos.

Fruto do seu tempo, o PIDESC reconheceu que os direitos sociais em sentido amplo são de realização *progressiva*, devendo os Estados dispor do máximo dos recursos disponíveis para a sua efetivação, o que não exclui a *obrigatoriedade* de sua promoção e, após, a proibição de retrocesso social. Assim, os direitos previstos no PIDESC são (i) obrigatórios, bem como (ii) após sua implementação estão protegidos pela proibição do retrocesso (ver Parte I, Capítulo III, item 5.6).

A todos os Estados Partes do Pacto, permitiu-se a submissão dos direitos econômicos, sociais e culturais unicamente a (i) limitações estabelecidas em lei, em medida compatível com sua (ii) natureza, e apenas tendo por finalidade (iii) favorecer o bem-estar geral da sociedade. Aos países em desenvolvimento, permitiu-se que determinem em que medida os direitos econômicos serão reconhecidos àqueles que não são seus nacionais.

Na *Parte III*, composta por dez artigos (arts. 6º a 15), o PIDESC elenca, de forma detalhada, os direitos econômicos, sociais e culturais e enuncia, de forma geral, as medidas adequadas para garanti-los e torná-los efetivos. Nesse sentido, reconhece-se o *direito ao trabalho* (art. 6º); bem como o *direito ao gozo de condições de trabalho equitativas e satisfatórias*, com remuneração mínima, igualdade de valor sem distinções – especialmente

entre homens e mulheres –, segurança e higiene no trabalho, igualdade de oportunidade de promoção no trabalho com base em fatores de tempo de serviço e capacidade, além de descanso, limitação de jornada e férias periódicas pagas e remuneração dos feriados (art. 7º). Além disso, é reconhecido o *direito de toda pessoa à previdência social*, inclusive ao seguro social (art. 9º).

O Pacto garantiu também, no art. 8º, o *direito de toda pessoa fundar sindicatos e filiar-se àqueles de sua escolha*, o qual não pode sofrer restrições senão (i) por lei e (ii) que sejam necessárias à sociedade democrática (iii) no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou (iv) para proteger os direitos e as liberdades alheias. Previu também o direito dos sindicatos de formar federações, confederações nacionais ou organizações sindicais internacionais, bem como o direito de funcionarem sem obstáculos. Finalmente, previu o *direito de greve*.

Tais disposições não impedem a aplicação de restrições legais ao exercício de tais direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado e não permitem que os Estados Partes da Convenção n. 87 de 1948 da OIT (Convenção Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização – não ratificada pelo Brasil) adotem medidas legislativas que restrinjam as garantias nela previstas.

Ainda são garantidas as mais *amplas proteção e assistência possíveis* à *família*, apresentada como elemento fundamental da sociedade, especialmente no momento de sua constituição e enquanto ela for responsável pela educação dos filhos, ressaltando-se que o matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos cônjuges (de acordo com determinadas tradições culturais, o casamento é um arranjo entre famílias, sem consentimento prévio dos envolvidos). Garante-se também especial proteção às mães, por período razoável antes e depois do parto, quando a elas deve ser concedida licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

As crianças e adolescentes também são especiais *sujeitos de proteção*, devendo o Estado adotar medidas especiais para sua proteção e assistência, especialmente contra exploração econômica e social e sem qualquer distinção por motivo de filiação ou qualquer outra condição. O Pacto atentou também para o gravíssimo problema do trabalho infantil, determinando ao Estado a *obrigação de estabelecer limites de idade* para que fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão de obra infantil, bem como de punir por lei o emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal (art. 10). No Brasil, o art. 7º, XXXII, proíbe o trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (conforme redação dada pela EC n. 20, de 1998).

No art. 11, o Pacto reconhece o *direito de toda pessoa a um nível de vida adequado a si próprio e sua família*, mencionando expressamente a alimentação, a vestimenta, a moradia adequadas e a melhoria contínua de suas condições de vida, bem como o direito fundamental de toda pessoa estar protegida contra a fome. Para que os Estados Partes assegurem a efetivação do direito, o Pacto ressalta a importância da cooperação internacional, bem como a adoção de programas concretos para melhorar os métodos de produção, conservação e

distribuição de gêneros alimentícios e para assegurar a repartição equitativa dos recursos alimentícios.

O *direito de toda pessoa desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental* também é assegurado no Pacto (art. 12), devendo o Estado adotar as medidas necessárias para promover a redução da mortalidade infantil e do índice de natimortos, bem como o desenvolvimento sadio das crianças; a melhoria da higiene do trabalho e do meio ambiente; a prevenção e o tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças e a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de doença.

É assegurado também o *direito à educação* (art. 13). Nesse sentido, o Pacto determinou o reconhecimento dos Estados de que a educação primária será obrigatória e acessível gratuitamente a todos; que a educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deve ser generalizada e tornada acessível a todos, principalmente pela implementação *progressiva* do ensino gratuito; que também a educação de nível superior deve ser tornada acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação *progressiva* do ensino gratuito; que dever ser fomentada e intensificada a educação de base para as pessoas que não receberam ou não concluíram a educação primária. Os Estados Partes que não tenham garantido a obrigatoriedade e gratuidade da educação primária no momento em que se tornarem Parte assumem o compromisso de elaborar e adotar, no prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos (art. 14). Além disso, o Estado Parte deve promover ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente. No Brasil, a Constituição de 1988 determina que a educação básica é obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208).

Não obstante isso, reconhece-se a liberdade dos pais e de tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas das criadas pelo Poder Público, quando atenderem aos padrões mínimos de ensino determinados pelo Estado, bem como de fazer com que seus filhos recebam educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções; além da liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino que obedeçam aos padrões mínimos determinados pelo Estado.

Os Estados Partes, pelo Pacto, reconhecem ainda a cada indivíduo o *direito de participar da vida cultural, desfrutar o processo científico e suas aplicações*, bem como *beneficiar-se da proteção de interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja auto*r. Comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à investigação científica e à atividade criadora.

Na *Parte IV*, composta pelos arts. 16 a 25, o Pacto estabelece a obrigatoriedade de os Estados Partes apresentarem relatórios sobre as medidas adotadas e sobre os progressos realizados com o objetivo de assegurar a observância dos direitos econômicos, sociais e

culturais. Os relatórios devem ser encaminhados ao Secretário-Geral da ONU, que enviará cópias ao Conselho Econômico e Social[4] para exame, bem como às agências especializadas, se os relatórios ou as partes a ele pertinentes tenham relação com matérias da competência desses organismos (art. 16). Não foi criado um Comitê específico, tal como ocorreu com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, mas que foi implantado, assim mesmo, por resolução do Conselho Econômico e Social. Para suprir essa lacuna, foi adotado, em 2008, o Protocolo Facultativo ao PIDESC, que, finalmente, cria o Comitê de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (ver abaixo).

Finalmente, a *Parte V*, integrada por seis artigos (arts. 26 a 31), estabelece a forma de assinatura, ratificação e adesão ao Pacto (art. 26), a entrada em vigor (art. 27), o procedimento para emenda do Pacto (art. 29), bem como a aplicação do Pacto a todas as unidades constitutivas dos Estados Federativos (art. 28).

3.1. PROTOCOLO FACULTATIVO AO PIDESC

O Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi aprovado em 10 de dezembro de 2008 pela Assembleia Geral da ONU, por ocasião do 60º aniversário da assinatura da Declaração Universal de Direitos Humanos. O Brasil ainda não o ratificou, até o fechamento desta edição (novembro de 2013).

Tendo em vista que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais previa apenas o mecanismo de informes gerais, o Protocolo Facultativo veio contribuir para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, ao combinar o *sistema de petições*, o *procedimento de investigação* e as *medidas provisionais* (cautelares), reafirmando, assim, a exigibilidade e a justiciabilidade de tais direitos e os equiparando, finalmente, ao regime jurídico internacional dos direitos civis e políticos.

O Protocolo é composto por 22 artigos. O art. 1º prevê a competência do *Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*[5] para *receber petições individuais ou no interesse de indivíduos e grupos de indivíduos*, que noticiem violação de direitos econômicos, sociais e culturais realizadas pelo Estado Parte. Este deve tomar todas as medidas necessárias para garantir que os indivíduos sob sua jurisdição não sejam submetidos a maus-tratos ou intimidação em decorrência de terem recorrido ao Comitê (art. 13). Cabe lembrar que este Comitê não estava previsto no Pacto, tendo sido criado por resolução do Conselho Econômico e Social. Com o Protocolo, o Comitê ganha inserção formal em um tratado.

Para que a comunicação possa ser admitida, deve haver o prévio esgotamento dos recursos internos, exceto quando a aplicação dos recursos seja injustificadamente prolongada. A comunicação deve ser declarada inadmissível nas seguintes hipóteses: (i) quando não for submetida ao Comitê no prazo de um ano após exauridos os recursos internos, salvo se o autor demonstrar que não havia possibilidade de submetê-la dentro da data limite; (ii) quando a matéria já tiver sido examinada pelo Comitê ou tenha sido submetida a exame ou esteja sendo examinada por outro procedimento de investigação ou acordo internacional; (iii) quando for incompatível com as disposições do Pacto; (iv) bem como quando os fatos de que trata tenham ocorrido anteriormente à entrada em vigor do Protocolo para o Estado Parte interessado, exceto se tenham continuado a ocorrer. Também não serão admitidas as comunicações

manifestamente mal fundamentadas, não suficientemente comprovadas ou exclusivamente baseadas em relatos difundidos pela mídia; quando representarem um abuso do direito de submeter uma comunicação; quando forem anônimas ou não apresentadas por escrito. Ademais, o Comitê pode declinar comunicações que não revelem *clara desvantagem*, a menos que considere que a comunicação levanta *séria questão* de importância *geral*.

O Comitê deve levar as comunicações submetidas a ele para conhecimento do Estado Parte interessado, de maneira confidencial. No prazo de seis meses, o Estado deve submeter ao Comitê explicações ou declarações por escrito. Observe-se que este considerará se as medidas tomadas pelo Estado foram razoáveis, ocasião em que deverá observar que o Estado pode adotar uma série de possíveis medidas políticas para a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Com efeito, tais direitos demandam prestações do Estado que podem ser concretizadas por uma infinidade de formas.

O Protocolo possibilita ainda que o Comitê transmita ao Estado Parte interessado pedido de *medidas provisórias*, para sua urgente consideração, com a finalidade de evitar possíveis danos irreparáveis, em circunstâncias excepcionais, a qualquer tempo depois do reconhecimento da comunicação e antes da decisão de mérito (art. 5). Ademais, o Comitê pode disponibilizar os seus bons préstimos para a finalidade de se alcançar um *acordo amigável* entre as partes interessadas, o qual encerrará a consideração da comunicação (art. 6).

Além do sistema de petição individual ou no interesse de indivíduos, pode haver também o procedimento entre os Estados, também chamado de mecanismo interestatal (art. 10), por meio do qual se reconhece a competência do Comitê para receber comunicações em que o Estado Parte alega que outro não está cumprindo as obrigações previstas no Pacto. Observe-se que o Estado que reconheceu a competência é que vai acionar o Estado que supostamente esteja violando os direitos econômicos, sociais e culturais, por meio de comunicação escrita.

Outro mecanismo estabelecido no Protocolo com a finalidade de fornecer meios para fazer cessar violações a direitos econômicos, sociais e culturais é o *procedimento de investigação* (arts. 11 e 12), por meio do qual o Comitê convida o Estado Parte a cooperar no exame de informações caso receba informação confiável que indique graves ou sistemáticas violações pelo Estado de qualquer um dos direitos arrolados no Pacto. Quando for apropriado, com o consentimento do Estado Parte, a investigação poderá incluir visita ao seu território. Observe-se que o Estado Parte pode declarar a qualquer tempo que reconhece tal competência, bem como pode retirar sua declaração mediante notificação ao Secretário-Geral.

Dentre as medidas de assistência e cooperação internacional, o Protocolo prevê a criação de um fundo fiduciário com a finalidade de assegurar a *expertise* e a assistência técnica aos Estados Partes para a implementação efetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais (art. 14).

QUADRO SINÓTICO

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	
Direitos econômicos, sociais e culturais são de realização progressiva, o que não exclui a obrigatoriedade de sua realização pelo Estado e a sua exigibilidade pela via judicial.	
Principais direitos garantidos	• Direito ao trabalho • Direito ao gozo de condições de trabalho equitativas e satisfatórias • Direito de toda pessoa à previdência social • Direito de toda pessoa fundar sindicatos e filiar-se àqueles de sua escolha • Direito de greve • Direito à proteção e assistência familiar, especialmente a mães e crianças • Direito a um nível adequado de vida (incluindo alimentação, vestimenta, moradia) • Direito à saúde física e mental • Direito à educação • Direito de participar da vida cultural, desfrutar o processo científico e suas aplicações, bem como beneficiar-se da proteção de interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor
Mecanismo de monitoramento do Pacto	• Relatórios periódicos ao Conselho Econômico e Social
Mecanismo de efetivação dos direitos previstos no Protocolo Facultativo	• Comunicação individual ou no interesse de indivíduos ou grupos de indivíduos • Procedimento interestatal • Procedimento de investigação • Medidas provisórias (cautelares)

4. Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura

A Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura foi adotada em Genebra em 7 de setembro de 1956. Sucedeu a Convenção sobre Escravatura de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953, com o intuito de intensificar os esforços para abolir a escravidão, o tráfico de escravos e as instituições e práticas análogas à escravidão.

O tratado veio em resposta a um problema persistente em todo o mundo, que vem a ser as práticas *análogas* à escravidão, também denominadas "escravidão contemporânea". O último país a abolir oficialmente a escravidão foi a Mauritânia, pelo Decreto n. 81.234, somente em novembro de 1981, mas episódios de redução a condição análoga de escravo ainda ocorrem

no mundo, inclusive no Brasil.

No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 66, de 1965, junto da Convenção sobre a escravatura assinada em Genebra em 25 de setembro de 1926 e emendada pelo Protocolo aberto à assinatura em 7 de dezembro de 1953. Em 6 de janeiro de 1966, foi efetuado o depósito do instrumento brasileiro de adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas e, por meio do Decreto n. 58.563, de 1º de junho de 1966, deu-se a promulgação.

A Convenção possui 15 artigos, divididos em seis Seções. A *Seção IV* é responsável por apresentar as definições utilizadas para os fins da Convenção. Define-se a *escravidão*, repetindo o texto de 1926, como "o estado ou a condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou parte dos poderes atribuídos ao direito de propriedade", sendo "escravo" aquele indivíduo que se encontra nessa condição. *Tráfico de escravos*, para a Convenção, "significa e compreende todo ato de captura, aquisição ou cessão de uma pessoa com a intenção de escravizá-lo; todo ato de um escravo para vendê-lo ou trocá-lo; todo ato de cessão por venda ou troca, de uma pessoa adquirida para ser vendida ou trocada, assim como, em geral todo ato de comércio ou transporte de escravos, seja qual for o meio de transporte empregado".

Finalmente, "*pessoa de condição servil*" é definida como a pessoa que se encontra em *estado ou condição que resulte de alguma das instituições ou práticas consideradas análogas à escravidão*. São elas: (i) a servidão por dívidas, que é o "o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação de dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida"; (ii) a servidão, entendida como "a condição de qualquer um que seja obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa e a fornecer a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição"; (iii) a instituição ou prática por meio da qual a mulher, sem que possa recusar, é prometida ou dada em casamento, mediante remuneração em dinheiro ou espécie entregue a seus pais, tutor, família ou a qualquer outra pessoa ou grupo de pessoas; (iv) a instituição ou prática por meio da qual o marido, a família ou o clã tenha o direito de ceder a mulher a um terceiro, a título oneroso ou não; (v) a instituição ou prática por meio da qual a mulher possa ser transmitida, com a morte do marido, por sucessão a outra pessoa, e (vi) a instituição ou prática em virtude da qual a criança ou o adolescente com menos de 18 anos seja entregue a um terceiro, mediante remuneração ou não, com a finalidade de sua exploração ou de seu trabalho.

A *Seção I*, composta pelos arts. 1º e 2º, cuida de tais *instituições e práticas análogas à escravidão*. O Estado Parte se compromete, por meio dela, a tomar medidas legislativas ou de outra natureza que sejam necessárias e viáveis para obter progressivamente a abolição das instituições e práticas análogas à escravidão, e especialmente fixar idades mínimas adequadas para o casamento, estimular a adoção de processos que permitam aos futuros cônjuges exprimir seu livre consentimento ao casamento, bem como fomentar registros de casamento.

A *Seção II*, composta pelos arts. 3º e 4º, diz respeito ao *tráfico de escravos*, que consiste

no ato de transportar ou tentar transportar escravos de um país a outro, por qualquer meio de transportes, e apresenta uma série de *mandados de criminalização* quanto a esse ato. Novamente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos conta com o *instrumento penal* para fazer valer os direitos fundamentais.

A Convenção determina que a prática de tráfico de escravos ou a cumplicidade nele deverá constituir infração penal, devendo ser as penas cominadas rigorosas, nos termos do art. 3º. Além disso, os Estados Partes ficam obrigados a tomar todas as medidas necessárias para impedir que navios e aeronaves autorizados a arvorar suas bandeiras transportem escravos, bem como para punir os responsáveis por esse ato ou por utilizar o pavilhão nacional para essa finalidade. Ademais, os Estados Partes deverão tomar as medidas necessárias para que seus portos, seus aeroportos e suas costas não possam servir para o transporte de escravos. Como uma importante medida para garantir o objetivo da Convenção, estabelece-se que todo escravo que se refugiar a bordo de um navio de Estado Parte será livre *ipso facto.*

Na *Seção III*, composta pelos arts. 5º e 6º, a Convenção versa sobre a *escravidão e instituições e práticas análogas à escravidão*. Por meio dela, o ato de escravizar uma pessoa ou de incitá-la a alienar sua liberdade ou a de alguém na sua dependência, para escravizá-la, deverá constituir infração penal, bem como a participação nesse ato, a tentativa ou a cumplicidade neles, a submissão ou o incitamento a submissão de uma pessoa na sua dependência a uma condição resultante de alguma das instituições ou práticas análogas à escravidão. Nos Estados em que a escravidão ou as instituições e práticas análogas à escravidão não estejam ainda completamente abolidas, a Convenção prevê que o ato de mutilar, de marcar com ferro em brasa ou por qualquer outro processo um escravo ou uma pessoa de condição servil, para indicar sua condição, infligir um castigo ou por qualquer outra razão, bem como a cumplicidade em tais atos deverá constituir infração penal.

A *Seção V* versa sobre a cooperação entre os Estados Partes e com a ONU para a aplicação das disposições da Convenção e a comunicação de informações. Finalmente, a *Seção VI*, composta pelos arts. 9º a 15º, traz as cláusulas finais da Convenção. No art. 9º, estabelece-se que não se admitirá nenhuma reserva à Convenção. Deve-se ressaltar, ademais, que qualquer litígio que surgir entre os Estados Partes em relação à Convenção quanto a sua interpretação ou aplicação, quando não resolvido por meio de negociação, será submetido à *Corte Internacional de Justiça* a pedido de uma das Partes, se não decidirem resolver a situação de outra maneira.

QUADRO SINÓTICO

Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura	
Definições	• *Escravidão*: "o estado ou a condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou parte dos poderes atribuídos ao direito de propriedade", sendo "escravo" aquele indivíduo que se encontra nessa condição. • *Tráfico de escravos*: "significa e compreende todo ato de captura, aquisição ou cessão de uma pessoa com a intenção de escravizá-lo; todo ato de um escravo para vendê-lo ou trocá-lo; todo ato de cessão por venda ou troca, de uma pessoa adquirida para ser vendida ou trocada, assim como, em geral todo ato de comércio ou transporte de escravos, seja qual for o meio de transporte empregado". • *Pessoa de condição servil*: pessoa que se encontra em estado ou condição que resulte de alguma das instituições ou práticas consideradas análogas à escravidão. São elas: (i) a servidão por dívidas, que é o "o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação de dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida"; (ii) a servidão, entendida como "a condição de qualquer um que seja obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa e a fornecer a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição"; (iii) a instituição ou prática por meio da qual a mulher, sem que possa recusar, é prometida ou dada em casamento, mediante remuneração em dinheiro ou espécie entregue a seus pais, tutor, família ou a qualquer outra pessoa ou grupo de pessoas; (iv) a instituição ou prática por meio da qual o marido, a família ou o clã tenha o direito de ceder a mulher a um terceiro, a título oneroso ou não; (v) a instituição ou prática por meio da qual a mulher possa ser transmitida, com a morte do marido, por sucessão a outra pessoa, e (vi) a instituição ou prática em virtude da qual a criança ou o adolescente com menos de 18 anos seja entregue a um terceiro, mediante remuneração ou não, com a finalidade de sua exploração ou de seu trabalho.

Mecanismo de monitoramento	Não foi previsto um mecanismo internacional. Por outro lado, a Convenção contém uma série de mandados de criminalização para os Estados Partes.

5. Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio

Tendo vista o reconhecimento do genocídio como *crime de jus cogens*, bem como da necessidade de cooperação internacional para extirpá-lo, a Convenção para a Prevenção e a

Repressão do Crime de Genocídio foi aprovada e proposta para assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução n. 260 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1948. Foi pensada como resposta às barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Entrou em vigor internacional em 12 de janeiro de 1951, conforme determina seu artigo XIII. É o primeiro tratado que estabelece, expressamente, o conceito de genocídio, cunhado em obra doutrinária de LEMKIN, em 1944, ao se referir às técnicas nazistas de ocupação de território na Europa, tendo se inspirado nas partículas *genos* (raça, tribo) e *cídio* (assassinato)[6].

No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 11 de abril de 1951, e o instrumento de ratificação foi depositado no secretariado geral da ONU em 15 de abril de 1952. Finalmente, foi promulgada pelo Decreto n. 30.882 de Getúlio Vargas, em 6 de maio de 1952.

A Convenção é composta por dezenove artigos. O art. 1º enuncia que o genocídio, quer seja cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime do direito dos povos, e os Estados Contratantes se comprometem, por meio dela, a preveni-lo e a puni-lo.

Em seu art. 2º, a Convenção é pioneira em *definir* o genocídio, que consiste na prática de quaisquer atos, cometidos com a intenção de *destruir*, no *todo* ou em *parte*, um *grupo nacional, étnico, racial ou religioso*, tais como:

• *assassinato de membros do grupo;*

• *atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo;*

• *submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial;*

• *medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;*

• e a *transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo.*

Exige-se, então, o dolo específico de destruir, em todo ou em parte, o grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

De acordo com a Convenção, são punidos não só o genocídio, mas também o acordo com vista a cometê-lo, o seu incitamento direto e público, a tentativa e a cumplicidade nele (art. 3º). As punições poderão ser aplicadas tanto a governantes e funcionários, quanto a particulares, ressaltando-se, novamente, a eficácia horizontal dos direitos humanos (art. 4º). A Convenção impede a consideração de tais atos como crimes políticos para fins de extradição, obrigando-se as partes a conceder a extradição de acordo com a legislação e os tratados em vigor (art. 7º).

Por meio da Convenção, as Partes ficam obrigadas a adotar as medidas legislativas necessárias para assegurar sua aplicação, *especialmente para prever sanções penais* (mandado de criminalização) eficazes que recaiam sobre as pessoas que tenham praticado qualquer um dos atos supramencionados (art. 5º).

As pessoas acusadas da prática de genocídio ou aos atos a ele relacionados previstos no art. 3º devem ser julgadas por tribunais competentes do Estado em cujo território o ato tenha sido cometido ou por *tribunal criminal internacional* que tiver competência quanto às Partes Contratantes que tenham reconhecido a sua jurisdição (art. 6º).

Este tratado é o primeiro a entrar em vigor que traz uma menção a um “tribunal criminal

internacional" que seria constituído para julgar o genocídio. Contudo, somente em 1998, com o Estatuto de Roma (entrou em vigor em 2002 – ver Parte II, Capítulo V sobre o TPI), foi constituído o primeiro Tribunal Penal Internacional *permanente* apto a julgar crime de genocídio. Cabe lembrar que o Tribunal Internacional Militar de Nuremberg *não* julgou o crime de genocídio, pois entendeu-se que este crime ainda não tinha sido tipificado no Direito Internacional.

É possível que as Partes Contratantes recorram aos órgãos competentes da ONU para que estes tomem as medidas que julgarem apropriadas para a prevenção e a repressão dos atos de genocídio, de acordo com a Carta das Nações Unidas (art. 8º). Ademais, discrepâncias quanto à interpretação, aplicação ou execução da Convenção poderão ser submetidas à Corte Internacional de Justiça (CIJ), a pedido de uma das partes envolvidas na questão (art. 9º). Aproveitando desse dispositivo, a *Bósnia processou a Sérvia perante a CIJ*, acusando-a de envolvimento com a prática de genocídio contra os bósnios muçulmanos durante a guerra de secessão na ex-Iugoslávia (CIJ, Caso da Aplicação da Convenção de Genocídio, julgamento de 26-2-2007).

Observe-se que se previu que a Convenção duraria dez anos, contados da data de entrada em vigor. Após esse período, passaria a ficar em vigor por cinco anos, e assim sucessivamente, para as Partes Contratantes que não a tivessem denunciado seis meses pelo menos antes de expirar o termo (art. 14). Por ocasião das denúncias, se o número das partes se reduzisse a menos de dezesseis, a Convenção deixaria de estar em vigor a partir da data em que a última dessas denúncias produzisse efeitos (art. 15). Não obstante, a punição aos atos de genocídio integra o Direito Internacional Consuetudinário, de forma que, ainda que a quantidade de denúncias feitas leve a que a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio deixe de estar em vigor, os atos de genocídio continuarão sendo puníveis pelo Direito Internacional.

QUADRO SINÓTICO

Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio	
Definição de genocídio	• todos os atos de assassinato de membros do grupo; • atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo; • submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial; • medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; • a transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo, *desde que tais atos sejam cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.*

6. Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados e Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados

A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados foi concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951, e adotada pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o

Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950.

Inicialmente, a Convenção possuía uma *limitação temporal* (para acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951) e *geográfica* da definição de refugiado (somente para os eventos ocorridos na Europa).

Em 1967, foi adotado o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, que eliminou tais limitações. Esse Protocolo foi firmado com a finalidade de se aplicar a proteção da Convenção a outras pessoas que não apenas aquelas que se tornaram refugiadas em resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951. O texto do Protocolo possui onze artigos, dentre os quais aquele que prevê a cooperação das autoridades nacionais com o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados e seu dever de fornecer informações e dados estatísticos sobre a condição de refugiados, a aplicação do Protocolo e sobre as leis, regulamentos e decretos que possam vir a ser aplicáveis em relação aos refugiados (artigo II).

No Brasil, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 11, de 7 de julho de 1960, com exclusão dos seus arts. 15 (direito de associação) e 17 (exercício de atividade profissional assalariada). Em 15 de novembro de 1960, foi depositado junto ao Secretário-Geral da ONU o instrumento de ratificação, e a Convenção foi promulgada pelo Decreto n. 50.215, de 28 de janeiro de 1961.

O Protocolo de 1967 foi promulgado internamente com o Decreto n. 70.946, de 7 de agosto de 1972, tendo sido superada a limitação temporal. Quanto à barreira geográfica, esta foi derrubada somente em 19 de dezembro de 1989, por meio do Decreto n. 98.602. Pelo Decreto n. 99.757, de 1990, o Governo brasileiro *retirou* as reservas aos arts. 15 e 17 da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, ficaram derrubadas também as restrições quanto ao direito de associação e exercício de atividade profissional assalariada aos refugiados.

A Convenção é formada por 46 artigos, divididos em sete capítulos (disposições gerais, situação jurídica, empregos remunerados, bem-estar, medidas administrativas, disposições executórias e transitórias, cláusulas finais).

Combinando-se o que determina o art. 1º do Protocolo com o art. 1º da Convenção, pode-se definir "refugiado" como:

• *pessoa que é perseguida ou tem fundado temor de perseguição;*

• *por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e encontra-se fora do país de sua nacionalidade ou residência;*

• *e que não pode ou não quer voltar a tal país em virtude da perseguição ou fundado temor de perseguição*.

A proteção da Convenção poderá cessar em hipóteses nela expressamente discriminadas, relacionadas ao fato de que a pessoa recuperou a nacionalidade voluntariamente ou voltou a se valer da proteção do país de que é nacional; adquiriu nova nacionalidade e, consequentemente, a proteção do país cuja nacionalidade adquiriu; voltou a estabelecer-se, voluntariamente, no país que abandonou; se deixaram de existir as circunstâncias em consequência das quais a pessoa foi reconhecida como refugiada.

A Convenção não é aplicável a pessoas que cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade (conforme determinem instrumentos

internacionais), que cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados e que se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

O art. 2º da Convenção prevê as obrigações gerais de todo refugiado, dentre as quais está a *obrigação de respeitar as leis e regulamentos do país de acolhida*, assim como as medidas que visam a manutenção da ordem pública do país em que se encontra. De outro lado, os Estados se comprometem a aplicar as disposições da Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, à religião ou ao país de origem (art. 3º). Ademais, devem proporcionar aos refugiados tratamento proporcionado aos nacionais no que concerne à liberdade de praticar sua religião e no que concerne à liberdade de instrução religiosa dos seus filhos (art. 4º).

No Capítulo II, a Convenção versa sobre a situação jurídica dos refugiados. O art. 12 estabelece que o estatuto pessoal do refugiado será regido pela lei do país de seu domicílio ou, na falta de domicílio, pela lei do país de sua residência. Ademais, os direitos que tenha adquirido anteriormente que decorram do estatuto pessoal, especialmente os que resultam do casamento, devem ser respeitados pelo Estado Contratante, ressalvado, se for o caso, o cumprimento das formalidades previstas pela legislação do Estado.

Quanto à aquisição de propriedade móvel ou imóvel e a outros direitos a ela referentes, ao aluguel e aos outros contratos relativos a propriedade móvel ou imóvel, os Estados Contratantes devem conceder ao refugiado um tratamento tão favorável quanto possível e não menos favorável do que é concedido "nas mesmas circunstâncias" aos estrangeiros em geral (art. 13). Quanto à propriedade industrial e à propriedade literária, artística e científica, o refugiado deve se beneficiar, no país em que tem sua residência habitual, da proteção que é conferida aos nacionais do referido país e, no território de outros Estados Contratantes, deve se beneficiar da proteção dada aos nacionais do país no qual tem sua residência habitual (art. 14).

Ainda quanto à situação jurídica do refugiado, a Convenção garante direitos de associação aos refugiados, quanto a associações sem fins políticos e lucrativos e a sindicatos profissionais, com o tratamento mais favorável concedido aos nacionais de um país estrangeiro (art. 15). Ademais, garante-se aos refugiados o direito de propor ações em juízo, assegurando-se o livre e fácil acesso aos tribunais, com o mesmo tratamento recebido por um nacional, incluindo-se aí a assistência judiciária e a isenção de *cautio judicatum solvi*[7] (art. 16).

O Capítulo III cuida do exercício de empregos remunerados pelos refugiados, determinando a aplicação do mesmo tratamento dispensado ao estrangeiro. Para as profissões assalariadas (art. 17), garante-se que os refugiados gozarão, nas mesmas circunstâncias, do tratamento conferido aos estrangeiros, salvo quando medidas restritivas a estrangeiros forem impostas quando o refugiado delas estiver dispensado na data da entrada em vigor da Convenção para o Estado ou nas seguintes hipóteses: residir há três anos no país, ser cônjuge de pessoa nacional do país de residência ou ter filho ou filhos de nacionalidade do país de residência. Também quanto às profissões não assalariadas na agricultura, na indústria, no artesanato, no comércio e para instalação de firmas comerciais e industriais, também deve ser

concedido tratamento favorável ou não menos favorável que o concedido ao estrangeiro. Finalmente, também para o exercício das profissões liberais os refugiados terão tratamento tão favorável quanto possível e não menos favorável ao que é dado a estrangeiros, desde que possuam diplomas reconhecidos pelas autoridades competentes do Estado.

O Capítulo IV (arts. 20 a 24), por sua vez, contém *disposições sobre o bem-estar dos refugiados*. Inicialmente, determina o tratamento do refugiado como o nacional em caso de racionamento de produtos de que há escassez (art. 20), assim como para o tratamento em matéria de assistência e de socorros públicos (art. 23) e oferecimento de ensino primário. Quanto aos graus de ensino superiores ao primário, os Estados devem dar aos refugiados um tratamento tão favorável quanto possível, e em todo caso não menos favorável do que aquele que é dado aos estrangeiros em geral, nas mesmas circunstâncias (art. 22). Quanto a alojamentos, deve-se dar aos refugiados o tratamento tão favorável quanto possível e, em todo caso, tratamento não menos favorável do que aquele que é dado, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral (art. 21).

Quanto à legislação do trabalho, os Estados Contratantes podem dar aos refugiados que residam regularmente no seu território o mesmo tratamento dado aos nacionais relativamente a remuneração, duração do trabalho, horas suplementares, férias pagas, restrições ao trabalho doméstico, idade mínima para o emprego, aprendizado e formação profissional, trabalho das mulheres e dos adolescentes e gozo das vantagens proporcionadas pelas convenções coletivas. Também recebem o mesmo tratamento dado aos nacionais quanto a previdência social (acidentes do trabalho, moléstias profissionais, maternidade, doença, invalidez, velhice, morte, desemprego, encargos de família, além de qualquer outro risco que esteja previsto no sistema de previdência social), conforme determina o art. 24.

O Capítulo V (arts. 25 a 34) versa ainda sobre medidas administrativas relativas aos refugiados. Primeiramente, o refugiado deve receber do Estado assistência administrativa para o exercício de direitos que normalmente exigem assistência estrangeira, porque, evidentemente, não podem com ela contar (art. 25). Qualquer refugiado que não possua documento de viagem válido deverá receber do Estado Contratante documento de identidade (art. 27) e documentos de viagem para que possam viajar para fora do território, salvo por razões imperiosas de segurança nacional ou ordem pública (art. 28). Com efeito, aos refugiados é garantida a liberdade de movimento para escolherem sua residência e circularem no território livremente, com as reservas aplicáveis aos estrangeiros (art. 26).

Os refugiados também não poderão ser submetidos a emolumentos alfandegários, taxas e impostos além do que cobrados dos seus nacionais em situações análogas (art. 29) e o Estado deve permitir que transfiram os bens necessários à sua reinstalação para outro país (art. 30).

Os refugiados em situação irregular no país de refúgio não serão submetidos a sanções caso se apresentem sem demora às autoridades e expuserem razões aceitáveis para sua entrada ou presença irregulares e apenas restrições necessárias podem ser impostas ao seu deslocamento (art. 31). Ademais, o refugiado que estiver regularmente em um território não poderá ser expulso, salvo por motivos de segurança nacional ou ordem pública, *mediante decisão judicial proferida em atendimento ao devido processo legal*.

O refugiado não poderá ser expulso ou rechaçado para fronteiras de territórios em que sua

vida ou liberdade estejam ameaçadas em decorrência de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas, o que consagra o princípio do *non-refoulement* (proibição do rechaço).

O princípio da proibição do rechaço, entretanto, não poderá ser invocado se o refugiado for considerado, por motivos sérios, um perigo à segurança do país, ou se for condenado definitivamente por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do país no qual ele se encontre (art. 33).

Por fim, a Convenção prevê que os Estados Contratantes devem facilitar, na medida do possível, a naturalização dos refugiados, esforçando-se para acelerar o processo e reduzir suas taxas e despesas (art. 34).

O Capítulo VI traz as disposições executórias e transitórias (arts. 35 a 37), dentre as quais a necessidade de cooperação dos Estados Contratantes com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (art. 35) e, finalmente, o Capítulo VII apresenta as cláusulas finais da Convenção (arts. 38 a 46).

QUADRO SINÓTICO

Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados e Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados e Protocolo Facultativo	
Definição de refugiado	• A pessoa que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade. • Direito de receber dos Estados Partes tratamento pelo menos tão favorável como o que é proporcionado aos nacionais no que concerne à liberdade de praticar sua religião e no que concerne à liberdade de instrução religiosa dos seus filhos. • Direitos de associação, quanto a associações sem fins políticos e lucrativos e a sindicatos profissionais. • Direito de propugnar em juízo, assegurando-se o livre e fácil acesso aos tribunais, com o mesmo tratamento recebido por um nacional, incluindo-se aí a assistência judiciária e a isenção de *cautio judicatum solvi.* • Direito a receber o mesmo tratamento dispensado ao estrangeiro no exercício de empregos remunerados. • Direito a receber tratamento concedido ao nacional em caso de racionamento de produtos de que há escassez. • Direito a receber tratamento concedido ao nacional em matéria de assistência e de socorros públicos. • Direito a receber tratamento concedido ao nacional em matéria de oferecimento de ensino primário. Quanto aos graus de ensino superiores ao primário, os Estados devem dar aos refugiados um tratamento tão favorável quanto possível, e em todo caso não menos favorável do que aquele que é dado aos estrangeiros em geral, nas mesmas circunstâncias. • Direito de receber tratamento para a concessão de alojamentos tão favorável quanto possível e, em todo caso, não menos favorável do que aquele que é dado, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral.

Definição de refugiado	• Direito a receber o mesmo tratamento dado aos nacionais quanto à legislação do trabalho (relativamente a remuneração, duração do trabalho, horas suplementares, férias pagas, restrições ao trabalho doméstico, idade mínima para o emprego, aprendizado e formação profissional, trabalho das mulheres e dos adolescentes e gozo das vantagens proporcionadas pelas convenções coletivas). • Direito de receber o mesmo tratamento dado aos nacionais quanto a previdência social (acidentes do trabalho, moléstias profissionais, maternidade, doença, invalidez, velhice, morte, desemprego, encargos de família, além de qualquer outro risco que esteja previsto no sistema de previdência social). • Direito de receber do Estado assistência administrativa para o exercício de direitos que normalmente exigem assistência estrangeira. • Direito de receber do Estado Contratante documento de identidade, quando não possua documento de viagem válido, e documentos de viagem para viajar para fora do território. • Direito à liberdade de movimento para escolha da residência e para circulação no território de livremente, com as reservas aplicáveis aos estrangeiros. • Direito de não ser submetido a emolumentos alfandegários, taxas e impostos além do que cobrados dos seus nacionais em situações análogas. • Direito de não ser submetido a sanções, caso o refugiado se apresente sem demora às autoridades e exponha razões aceitáveis para sua entrada ou presença irregulares; direito de que apenas restrições necessárias podem ser impostas ao seu deslocamento. • Direito de não ser expulso, salvo por motivos de segurança nacional ou ordem pública, mediante decisão judicial proferida em atendimento ao devido processo legal.

Situação jurídica do refugiado	• Estatuto pessoal do refugiado é regido pela lei do país de seu domicílio ou, na falta de domicílio, pela lei do país de sua residência. • Os direitos que tenha adquirido anteriormente que decorram do estatuto pessoal, especialmente os que resultam do casamento, devem ser respeitados pelo Estado Contratante, ressalvado, se for o caso, o cumprimento das formalidades previstas pela legislação do Estado. • Quanto à aquisição de propriedade móvel ou imóvel e a outros direitos a ela referentes, ao aluguel e aos outros contratos relativos a propriedade móvel ou imóvel: os Estados Contratantes devem conceder ao refugiado um tratamento tão favorável quanto possível e não menos favorável do que é concedido “nas mesmas circunstâncias” aos estrangeiros em geral. • Quanto à propriedade industrial e à propriedade literária, artística e científica: o refugiado deve se beneficiar, no país em que tem sua residência habitual, da proteção que é conferida aos nacionais do referido país e, no território de outros Estados Contratantes, deve se beneficiar da proteção dada aos nacionais do país no qual tem sua residência habitual.

7. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial foi adotada pela Resolução n. 2.106 (XX) da Assembleia Geral da ONU e aberta à assinatura em 7 de março de 1966, com a finalidade de promover e encorajar o respeito universal e efetivo pelos direitos humanos, sem qualquer tipo de discriminação, em especial a liberdade e a igualdade em direitos, tendo em vista que a discriminação entre seres humanos constitui ameaça à paz e à segurança entre os povos.

Em seu preâmbulo, a Convenção condena todas as práticas de segregação e discriminação, fazendo alusão à Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais (14 de dezembro de 1960) que proclamou a necessidade de extirpá-las, de forma rápida e incondicional, e à Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (20 de novembro de 1963). O Preâmbulo ressalta ainda que "qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, em que, não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum" e que ainda subsistiam práticas de discriminação racial no mundo, inclusive lastreadas em políticas governamentais baseadas em superioridade e ódio raciais, como o apartheid.

É um dos mais antigos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que assinou a Convenção em 7 de março de 1966, quando foi aberta à assinatura, e a ratificou em 27 de março de 1968. Em 4 de janeiro de 1969, entrou em vigor, de acordo com o disposto em seu artigo XIX, 1º, *a*. Foi promulgada pelo Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Na mesma época (anos 60 do século XX), o Brasil ratificou e incorporou internamente a ratificar a Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho, de 1958, por intermédio do Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968, vedando a discriminação fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

A Constituição de 1988 reafirmou o comprometimento brasileiro de combate à discriminação racial ao dispor, no seu art. 4º, VIII, o *repúdio ao racismo* como um dos princípios que regem as relações internacionais brasileiras.

A Convenção, composta de 25 artigos, é dividida em três partes. Na primeira delas, enunciam-se as obrigações assumidas pelo Estado que a adotem (artigos I a VII); na segunda, estabelece a constituição e o funcionamento do *Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial* (artigos VIII a XVI) e, na terceira parte, prevê as disposições finais (artigos XVII a XXV).

No artigo I, apresenta-se a definição de *discriminação racial*, que é entendida como:

• qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

• que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades

fundamentais;

• no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida.

Ficam excluídas dessa proibição as chamadas *ações afirmativas,* que consistem em distinções, exclusões, restrições e preferências feitas por um Estado com o objetivo de *assegurar* o *progresso* de grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção para proporcionar a eles *igual gozo* ou *exercício* de direitos humanos e liberdades fundamentais.

Os Estados Partes que aderem à Convenção se comprometem a adotar uma política de eliminação da discriminação racial, devendo cada Estado abster-se de praticar ato de discriminação racial contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições e de abster-se de encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial praticada por uma pessoa ou organização qualquer.

De outro lado, o Estado compromete-se também a tomar medidas eficazes, a fim de rever as políticas governamentais nacionais e locais que tenham por objetivo criar a discriminação ou perpetrá-la; a proibir e colocar fim à discriminação racial praticada por pessoa, por grupo ou organizações; e a favorecer organizações e movimentos multirraciais e outros meios vocacionados a eliminar as barreiras entre as raças e a desencorajar o que tende a reforçar a divisão racial. Fica aqui fixada a obrigação do Estado de impedir que particulares discriminem nas relações privadas.

Nesse sentido, os Estados Partes se comprometem a adotar medidas especiais e concretas, nos campos social, econômico, cultural e outros, para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos, tendo por objetivo garantir-lhes o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Vê-se, pois, o fundamento expresso a permitir a *adoção de cotas raciais* para a consecução do objetivo de promover a *igualdade material*. Tais medidas devem *perdurar* apenas enquanto *subsistir* a situação de desigualdade.

Especialmente tendo em vista as barbáries cometidas por força do nazismo, a Convenção prevê, em seu artigo IV, que os Estados Partes se comprometem a *condenar* toda propaganda e organizações que inspirarem quaisquer ideias ou teorias fundadas na superioridade de uma raça ou grupo de pessoas de certa cor ou origem étnica, bem como aquelas ideias ou teorias que buscam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais. Ademais, comprometem-se a adotar medidas positivas destinadas a combatê-las, dentre elas declarar delitos puníveis por lei a difusão de tais ideias, em mais um *mandado internacional de criminalização*.

Ainda, os Estados se comprometem, nos termos do artigo V, a proibir e eliminar a discriminação racial em todas as suas formas, garantindo a igualdade perante a lei sem qualquer distinção, principalmente no gozo do (i) direito a tratamento igual perante os tribunais ou qualquer outro órgão que administre justiça; (ii) do direito à segurança pessoal e à proteção do Estado contra violência ou lesão corporal cometida, inclusive por funcionários do governo; dos direitos políticos e de tomar parte no Governo; (iii) de outros direitos civis – tais como o de circular livremente e escolher residência dentro das fronteiras do Estado, de

deixar qualquer país, de ter uma nacionalidade, de casar-se e escolher o cônjuge, à propriedade, de herdar, à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, à liberdade de opinião e de expressão, dentre outros – e de direitos econômicos, sociais e culturais – como o direito à habitação, à educação e ao acesso a todos os lugares e serviços destinados ao uso do público.

Pela Convenção, os Estados devem assegurar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a proteção e os recursos perante os tribunais nacionais e outros órgãos competentes contra atos de discriminação racial que violarem direitos e liberdades fundamentais, bem como o direito de requerer aos tribunais uma satisfação ou reparação justa e adequada por danos que a vítima tenha sofrido (artigo VI). Ademais, os Estados comprometem-se a tomar medidas imediatas e eficazes para lutar contra os preconceitos que levem à discriminação racial, promovendo a tolerância e a amizade entre nações, grupos raciais e étnicos (artigo VII).

Na Parte II, a Convenção determina a Criação de um Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial[8], bem como estabelece o mecanismo de relatórios periódicos, o procedimento de comunicação interestatal e a possibilidade de petição individual ao Comitê.

QUADRO SINÓTICO

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	
Definição de discriminação racial	“Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida”.
Convenção permite a introdução de medidas especiais destinadas a assegurar o progresso adequado de grupos raciais ou étnicos.	
Mecanismos de monitoramento	• Relatórios periódicos • Comunicação interestatal • Peticionamento individual

8. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e respectivo Protocolo Facultativo

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (conhecida também pela sigla de sua denominação em inglês, CEDAW) foi adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, tendo em vista a persistente manutenção das discriminações contra a mulher.

No Brasil, foi assinada em 31 de março de 1981 com reservas (arts. 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º, alíneas *a*, *c*, *g* e *h*), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 93, de 14 de novembro

de 1983, e ratificada em 1º de fevereiro de 1984. A Convenção entrou em vigor para o Brasil em 2 de março de 1984, com a reserva do art. 29, parágrafo 2º, que permite que o Estado não se considere obrigado ao dispositivo que determina a submissão da questão não resolvida por negociação a arbitragem. O Decreto Legislativo n. 26, de 22 de junho de 1994, revogando o anterior, aprovou a Convenção sem as reservas dos arts. 15 e 16, e o Brasil as retirou em 20 de dezembro de 1994. A Convenção foi promulgada pelo Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002, entrando em vigor em 16 de setembro de 2002.

A Convenção é composta por 30 artigos, que são divididos em seis partes. Em seu preâmbulo, ressalta-se a importância de se *modificar* o papel tradicional do homem e da mulher na sociedade e na família para que se possa alcançar a *igualdade* plena entre homem e mulher.

Na *Parte I*, define-se a *discriminação contra a mulher* como:

• toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo;

• e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher;

• dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo;

• independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher (art. 1º).

Por meio da Convenção, os Estados Partes se comprometem a adotar, por todos os meios apropriados e sem dilações, política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher.

Para tanto, comprometem-se, dentre outras medidas, a: consagrar em suas Constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher, assegurando outros meios apropriados à realização prática desse princípio; adotar medidas adequadas com as *sanções cabíveis* e que proíbam toda discriminação contra a mulher; garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação; abster-se praticar qualquer ato de discriminação contra a mulher e, finalmente, *tomar medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa* (art. 2º, novamente, há menção à aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares).

Ademais, os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento e o progresso da mulher, para garantir-lhe o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem (art. 3º). *Medidas especiais*, de caráter *temporário*, podem também ser adotadas para acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres. Tais medidas não serão consideradas discriminação, mas deverão cessar quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento forem alcançados (art. 4º). Tem-se aí fundamento expresso a admitir *ações afirmativas* para promover a igualdade de direitos entre homens e mulheres, como se adotou no Brasil, por exemplo, com a *cota eleitoral de sexo*, prevista no art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504/97 (conhecida como “Lei das Eleições”). Como é notório, há evidente subrepresentação da mulher nas Câmaras Municipais, Assembleias Legislativas e Congresso Nacional no

Brasil. Assim, a Lei das Eleições exige que as candidaturas dos partidos obedeçam, nas eleições proporcionais, ao seguinte parâmetro: no mínimo 30% e no máximo 70% para cada sexo. Apesar de não se referir expressamente ao sexo feminino, a cota incide, na prática, sobre ele, pois era o sexo tradicionalmente sub-representado. Somente em 2012, o sexo feminino obteve mais de 30% das candidaturas nas eleições municipais do ano.

Com a finalidade de modificar práticas enraizadas na sociedade, a Convenção determina que os Estados Partes tomem todas as medidas apropriadas para alterar os padrões socioculturais de conduta, para o fim de alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias ou de outra índole que estejam baseadas na ideia de superioridade ou inferioridade de qualquer dos sexos, bem como para garantir que a educação familiar inclua a compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum entre homens e mulheres quanto ao desenvolvimento dos filhos (art. 5º). Ademais, os Estados se comprometem a tomar todas as medidas para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição da mulher (art. 6º).

Na *Parte II*, a Convenção explicita *direitos civis e políticos* que devem ser concedidos às mulheres em igualdade de condições quanto aos homens, especificando as medidas a serem adotadas pelo Estado Parte no âmbito da vida política e pública nacional e internacional (arts. 7º e 8º) e para a aquisição, mudança e conservação da nacionalidade (art. 9º).

Assim, os Estados Partes se obrigam a adotar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública, com especial ênfase no direito de votar e de ser elegível, na participação na formulação de políticas públicas governamentais, no exercício de cargos públicos, na participação em organizações e associações não governamentais que se ocupam da vida pública e política do país (art. 7º). Ademais, medidas devem ser tomadas para garantir à mulher a oportunidade de representar seu governo no plano internacional e de participar no trabalho das organizações internacionais (art. 8º).

Finalmente, estabelece-se que às mulheres se outorgarão direitos iguais aos dos homens para adquirir, mudar ou conservar sua nacionalidade, não podendo o casamento com estrangeiro ou a mudança de nacionalidade do marido durante o casamento modificar automaticamente a nacionalidade da esposa, torná-la apátrida ou obrigá-la a adotar a nacionalidade do cônjuge. Ademais, quanto à nacionalidade dos filhos, os Estados devem outorgar às mulheres os mesmos direitos conferidos aos homens (art. 9º).

Na *Parte III*, a Convenção estabelece que as partes devem adotar todas as medidas apropriadas para assegurar a igualdade entre homens e mulheres na esfera da educação (art. 10), do emprego (art. 11), no acesso a serviços médicos (art. 12) e outras esferas da vida econômica e social (art. 13).

Quanto à *igualdade de condições na esfera da educação*, a Convenção especifica que devem ser concedidas às mulheres, em condições de igualdade:

• as mesmas condições de orientação em matéria de carreiras e capacitação profissional;

• acesso aos estudos e obtenção de diplomas nas instituições de ensino, em todos os níveis de educação e em todos os tipos de capacitação profissional;

• o acesso aos mesmos currículos e exames, a docentes do mesmo nível profissional e a instalações e material escolar da mesma qualidade;

• a eliminação da estereotipação dos papéis masculino e feminino;

• as mesmas oportunidades para a obtenção de bolsas de estudo e outras subvenções para estudos; as mesmas oportunidades de acesso aos programas de educação supletiva;

• as mesmas oportunidades de participação nos esportes e na educação física; o acesso a material informativo específico que contribua para assegurar a saúde e o bem-estar da família;

• O Estado deve também promover a redução da taxa de abandono feminino dos estudos e organizar programas para as mulheres que tenham abandonado os estudos prematuramente.

Quanto às medidas voltadas à *eliminação da discriminação da mulher na esfera do emprego*, a Convenção determina que o Estado deve assegurar entre homens e mulheres, dentre outras medidas, o direito às mesmas oportunidades de emprego, com os mesmos critérios de seleção, bem como o direito à promoção e estabilidade no emprego, o direito a igual remuneração, o direito à igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade do trabalho, direito à seguridade social, o direito a férias pagas, o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho. Como importantes medidas para impedir a discriminação da mulher por razões de casamento ou maternidade, os Estados *devem proibir* a demissão por motivo de gravidez ou de licença-maternidade e a discriminação nas demissões motivadas pelo estado civil, sob pena de sanção, conferindo proteção especial às mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a elas. Nessa linha, o Brasil editou a *Lei n. 9.029/95*, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Devem ainda implantar a licença-maternidade com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais.

Às mulheres deve ser concedido, em condições de igualdade com os homens, o *acesso a serviços médicos*. De outro lado, os Estados devem garantir à mulher a assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período pós-parto, proporcionando assistência gratuita quando for necessário, e devem assegurar-lhe uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.

A Convenção prevê ainda que os Estados devem adotar medidas para eliminar a discriminação contra a mulher em outras esferas da vida econômica e social, assegurando-se, em condições de igualdade com relação aos homens o direito a benefícios familiares; o direito a obter empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro e o direito de participar em atividades de recreação, esportes e em todos os aspectos da vida cultural.

Considerando os problemas enfrentados pelas mulheres no *ambiente rural*, bem como a importância de seu papel na subsistência econômica da família, determinou-se que os Estados devem tomar medidas apropriadas para assegurar a aplicação dos dispositivos da Convenção a essas mulheres e para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais, a fim de garantir, em condições de igualdade entre homens e mulheres: a participação da elaboração e execução dos planos de desenvolvimento em todos os níveis; o acesso a serviços médicos adequados; o benefício direto dos programas de seguridade social; a obtenção de todos os tipos de educação e de formação e dos benefícios de todos os serviços comunitários e de extensão; a organização de grupos de autoajuda e cooperativas, a fim de obter igualdade de

acesso às oportunidades econômicas mediante emprego ou trabalho por conta própria; a participação de atividades comunitárias; o acesso a créditos e empréstimos agrícolas, a serviços de comercialização e tecnologias apropriadas; a receber um tratamento igual nos projetos de reforma agrária e de restabelecimentos; e, finalmente, *a gozar de condições de vida adequadas*, especialmente quanto a habitação, serviços sanitários, eletricidade e abastecimento de água, transporte e comunicações.

Na *Parte IV*, a Convenção versa sobre a *capacidade jurídica da mulher e sobre assuntos relativos ao casamento e às relações familiares*. Na art. 15, a Convenção determina que os Estados Partes devem reconhecer à mulher a *igualdade* com o homem perante a lei, incluindo-se nesse ponto o reconhecimento de igual capacidade jurídica em matérias civis e das mesmas oportunidades para seu exercício. Assim, devem reconhecer o direito da mulher de firmar contratos e administrar bens e de receber igual tratamento em todas as etapas do processo judicial, e, por meio da Convenção, convencionam que todo contrato ou outro instrumento privado de efeito jurídico que tenda a restringir a capacidade jurídica da mulher será considerado nulo. Aos homens e mulheres também devem ser concedidos os mesmos direitos quanto à legislação relativa ao direito das pessoas, à liberdade de movimento e à liberdade de escolha de residência e domicílio.

O art. 16 versa sobre as medidas que devem ser adotadas pelos Estados para eliminar a *discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos a casamento e relações familiares*. Para tanto, devem assegurar a elas o mesmo direito de contrair matrimônio; de escolher livremente o cônjuge e de contrair matrimônio somente com o livre e pleno consentimento; os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução; os mesmos direitos e responsabilidades como pais; os mesmos direitos de decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos; os mesmos direitos e responsabilidades com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos, ou institutos análogos; os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação; e os mesmos direitos em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso. O mesmo dispositivo determina ainda que os esponsais e o casamento de uma criança não terão efeito legal (combate, então, os “casamentos arranjados” de crianças feitos pelos pais, ainda existentes em algumas culturas) e todas as medidas necessárias, inclusive as de caráter legislativo, devem ser adotadas para estabelecer uma idade mínima para o casamento e para tornar obrigatória a inscrição de casamentos em registro oficial.

Na *Parte V*, a Convenção determina a criação do *Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher*[9], que tem a finalidade de examinar os progressos alcançados na sua aplicação, *bem como o mecanismo de relatoria periódica.*

A *Parte VI*, finalmente, contém disposições finais: assinatura, revisão, entrada em vigor, reservas, controvérsia sobre a interpretação ou aplicação da Convenção, dentre outras disposições.

Já o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotado por Resolução da Assembleia Geral da ONU de 6 de

outubro de 1999, teve por objetivo aperfeiçoar *o sistema de monitoramento da Convenção*, assegurando o direito de petição quanto às violações dos direitos nela garantidos.

Por meio do Protocolo, que contém 21 artigos, o Estado reconhece a competência do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher para receber e considerar comunicações apresentadas por indivíduos ou grupo de indivíduos – ou em nome deles, se contarem com seu consentimento ou se se justificar a ação independente do consentimento – que se encontrem sob sua jurisdição e que sejam vítimas de violações de quaisquer dos direitos estabelecidos na Convenção (arts. 1º e 2º).

QUADRO SINÓTICO

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e respectivo Protocolo Facultativo	
Definição de discriminação contra a mulher	"Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo."
Principais medidas a serem adotadas pelos Estados	• Adoção de política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher. • Medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento e o progresso da mulher, para garantir-lhe o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem. • Medidas especiais, de caráter temporário, para acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres, que deverão cessar quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento forem alcançados (ações afirmativas). • Medidas apropriadas para alterar os padrões socioculturais de conduta (para eliminar preconceitos e práticas consuetudinárias ou de outra índole baseadas na ideia de superioridade ou inferioridade de qualquer dos sexos e para garantir que a educação familiar inclua a compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum entre homens e mulheres quanto ao desenvolvimento dos filhos). • Medidas para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição da mulher.

Direitos expressamente previstos que devem ser realizados e promovidos em condições de igualdade com relação aos homens	• **Direitos civis e políticos** (especial ênfase no direito de votar e de ser elegível, na participação na formulação de políticas públicas governamentais, no exercício de cargos públicos, na participação em organizações e associações não governamentais que se ocupam da vida pública e política do país e na oportunidade de representar seu governo no plano internacional e de participar no trabalho das organizações internacionais; aquisição, mudança ou conservação da nacionalidade). • **Educação** (mesmas condições de orientação em matéria de carreiras e capacitação profissional, acesso aos estudos e obtenção de diplomas nas instituições de ensino, em todos os níveis de educação e em todos os tipos de capacitação profissional; a eliminação da estereotipação dos papéis masculino e feminino, dentre outros). • **Emprego** (direito às mesmas oportunidades de emprego, aos mesmos critérios de seleção, direito à promoção e estabilidade no emprego, o direito a igual remuneração, o direito à igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade do trabalho, direito à seguridade social, o direito a férias pagas, o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, proibição de demissão por motivo de gravidez ou de licença-maternidade ou de estado civil, direito a licença-maternidade com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais). • **Acesso a serviços médicos**, com assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período pós-parto. • **Outras esferas da vida econômica e social** (direito a obter empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, direito de participar em atividades de recreação, esportes e em todos os aspectos da vida cultural). • **Reconhecimento de igual capacidade jurídica em matérias civis e das mesmas oportunidades para seu exercício.**

Mecanismos de monitoramento da Convenção	• Procedimento de relatórios periódicos.
Mecanismos de monitoramento do Protocolo Facultativo	• Petição individual.

9. Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e Protocolo Opcional

A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi adotada em Nova Iorque, em 10 de dezembro de 1984. Foi assinada pelo Brasil em 23 de setembro de 1985; aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto n.

4, de 23 de maio de 1989; ratificada em 28 de setembro de 1989 e, finalmente, promulgada pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991.

Na mesma linha do que já estava disposto na Declaração Universal de Direitos Humanos (artigo V), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 7º) e na Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (aprovada pela Assembleia Geral em 9 de dezembro de 1975), a Convenção veio também determinar *que ninguém será sujeito à tortura ou a pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante*.

A Convenção é composta por 33 artigos, divididos em três partes. Na *Parte I*, determina as definições aplicáveis ao seu texto e explicita as obrigações dos Estados; na *Parte II*, estabelece a criação do Comitê contra a Tortura e, finalmente, na *Parte III*, apresenta suas *disposições finais*.

Na Parte I, no art. 1º, a Convenção define o que se entende por "tortura" para seus fins:

• qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa;

• a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões;

• ou para castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido;

• ou para intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas;

• ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza;

• quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

A Convenção *não* considera como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

No art. 2º, a Convenção prevê que o Estado deve tomar medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição. Circunstâncias excepcionais, tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, *não* poderão ser invocadas como justificação da tortura em nenhum caso, nem a ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública poderá ser invocada para justificá-la.

O art. 3º veda a expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que ela corre perigo de ali ser submetida a tortura (princípio do *non-refoulement,* ou proibição do rechaço). Para a determinação da existência dessas razões, as autoridades competentes devem levar em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, quando for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas e graves de direitos humanos.

A *criminalização* de todos os atos de tortura deve ser concretizada por todo Estado Parte, nos termos do art. 4º da Convenção, bem como da tentativa de tortura e todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura. O Estado deve *punir* estes crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade. Novamente, o Direito

Internacional dos Direitos Humanos pede auxílio ao Direito Penal, para promover o respeito aos seus comandos.

Medidas devem ser tomadas pelo Estado para estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes quando tenham sido cometidos em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de navio ou aeronave registrada no Estado em questão, quando o suposto autor for nacional do Estado em questão ou quando a vítima for nacional do Estado em questão e este o considerar apropriado (art. 5º). Esse é mais um mandado internacional de criminalização. Também o Estado Parte tomará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes nos casos em que o suposto autor se encontre em qualquer território sob sua jurisdição e o Estado não extradite (*aut dedere, aut judicare* – ou extradita, ou julga).

Se uma pessoa suspeita de ter cometido os crimes relacionados a tortura estiver no território de Estado Parte, este, se considerar, após o exame das informações de que dispõe, que as circunstâncias o justificam, procederá à detenção de tal pessoa ou tomará outras medidas legais para assegurar sua presença. Observe-se que a detenção e outras medidas legais devem ser tomadas de acordo com a lei do Estado, mas vigorarão apenas pelo tempo necessário ao início do processo penal ou de extradição. O Estado procederá a uma investigação preliminar dos fatos imediatamente. Assegura-se à pessoa detida facilidades para comunicar-se imediatamente com o representante mais próximo do Estado de que é nacional ou, se for apátrida, com o representante do Estado de residência habitual. Promovida a detenção, o Estado notificará imediatamente os Estados mencionados no art. 5º sobre a detenção e sobre as circunstâncias que a justificam. O Estado que proceder à investigação preliminar comunicará sem demora seus resultados aos Estados mencionados e indicará se pretende exercer sua jurisdição.

Atente-se para o fato de que qualquer pessoa processada por qualquer dos crimes previstos na Convenção receberá garantias de tratamento justo em todas as fases do processo (art. 7º).

Os crimes previstos na Convenção devem ser considerados como *extraditáveis* em qualquer tratado de extradição existente entre os Estados Partes e estes se obrigarão a incluir tais crimes como extraditáveis em todo tratado de extradição que vierem a concluir entre si. Se o Estado que condicionar a extradição à existência de um tratado de receber um pedido de extradição por parte do outro Estado Parte com o qual não mantém tratado de extradição, a Convenção poderá ser considerada como base legal para a extradição com respeito a tais crimes, sujeitando-se a extradição às outras condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação. Os Estados Partes que não condicionam a extradição à existência de um tratado reconhecerão, entre si, que tais crimes devem ser entendidos como extraditáveis, dentro das condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação (art. 8º).

O art. 9º determina que os Estados Partes devem prestar entre si assistência jurídica penal qualquer dos delitos mencionados na Convenção, inclusive no que diz respeito ao fornecimento de todos os elementos de prova necessários para o processo que estejam em seu poder. Tais obrigações serão cumpridas conforme quaisquer tratados de assistência jurídica existentes entre os Estados.

Nos arts. 10 a 16, a Convenção explicita outras *obrigações assumidas pelos Estados*

Partes.

Estes devem assegurar, conforme determina o art. 10, que o ensino e a informação sobre a proibição de tortura sejam plenamente incorporados no treinamento do pessoal civil ou militar encarregado da aplicação da lei, do pessoal médico, dos funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas que possam participar da custódia, interrogatório ou tratamento de qualquer pessoa submetida a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão. Tal proibição deve ser incluída nas normas ou instruções relativas aos deveres e funções de tais pessoas.

As normas, instruções, métodos e práticas de interrogatório, bem como as disposições sobre a custódia e o tratamento das pessoas submetidas a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão devem ser mantidas pelo Estado Parte sistematicamente sob exame, em qualquer território sob sua jurisdição, com o objetivo de se evitar qualquer caso de tortura (art. 11).

O Estado Parte deve também assegurar que suas autoridades competentes procederão imediatamente a uma *investigação imparcial* sempre que houver motivos razoáveis para crer que um ato de tortura tenha sido cometido em qualquer território sob sua jurisdição (art. 12), e deve assegurar, a qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura em qualquer território sob sua jurisdição, o direito de apresentar queixa perante as autoridades competentes do referido Estado, que procederão imediatamente e com imparcialidade ao exame do seu caso. Medidas para assegurar a proteção do queixoso e das testemunhas contra qualquer mau tratamento ou intimação em consequência da queixa apresentada ou de depoimento prestado devem ser tomadas pelo Estado (art. 13).

À vítima de ato de tortura, cada Estado Parte deve assegurar, em seu sistema jurídico, o direito à reparação e a uma indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível. Em caso de morte da vítima como resultado de um ato de tortura, seus dependentes terão direito à indenização. Essa disposição não afeta qualquer direito a indenização que a vítima ou outra pessoa possam ter em decorrência das leis nacionais (art. 14).

No art. 15, a Convenção determina que o Estado Parte deve assegurar que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada.

Finalmente, o art. 16 determina que o Estado se comprometerá a proibir em qualquer território sob sua jurisdição outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida na Convenção, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Observe-se que se aplicam, em particular, as obrigações mencionadas nos arts. 10, 11, 12 e 13, com a substituição das referências a tortura por referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Na *Parte II*, a Convenção determina a constituição do *Comitê contra a Tortura*[10], bem como o procedimento de apresentação de relatórios sobre as medidas adotadas para o cumprimento das obrigações assumidas na Convenção pelos Estados, a *competência do Comitê para receber comunicações interestatais* e para receber *petições individuais*

(comunicações enviadas por pessoas sob sua jurisdição, ou em nome delas, que aleguem ser vítimas de violação, por um Estado Parte, das disposições da Convenção).

O *Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, por sua vez, teve por objetivo estabelecer um *sistema de visitas regulares de órgãos nacionais e internacionais independentes* a lugares onde as pessoas são privadas de liberdade, com o intuito de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, conforme prevê seu art. 1º.

Foi adotado em Nova Iorque por Resolução da Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 2002. O Brasil o assinou em 13 de outubro de 2003 e o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 483, de 20 de dezembro de 2006. O instrumento de ratificação foi depositado em 11 de janeiro de 2007 e o Protocolo foi promulgado pelo Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007.

O Protocolo é composto por 37 artigos, divididos em sete partes: princípios gerais (arts. 1º a 4º), Subcomitê de Prevenção (arts. 5º a 10), Mandato do Subcomitê de Prevenção (arts. 11 a 16), Mecanismos preventivos nacionais (arts. 17 a 23), Declaração (art. 24), Disposições Financeiras (arts. 25 e 26) e Disposições Finais (arts. 27 a 37).

Na *Parte I*, sobre princípios gerais, o Protocolo prevê que um *Subcomitê de Prevenção* da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes deverá ser criado. Trata-se de Subcomitê do Comitê contra a Tortura, que deve desempenhar suas funções no marco da Carta das Nações Unidas e deve ser guiado por seus princípios e propósitos, bem como pelas normas das Nações Unidas relativas ao tratamento das pessoas privadas de sua liberdade. Deve ainda ser guiado pelos princípios da confidencialidade, imparcialidade, não seletividade, universalidade e objetividade (art. 2º). Em nível nacional, os Estados se comprometem a designar ou manter um ou mais *mecanismos preventivos nacionais*: órgãos de visita encarregados de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (art. 3º). Os Estados Partes devem permitir as visitas tanto do órgão internacional quanto do nacional a qualquer lugar sob sua jurisdição onde pessoas são ou podem ser presas, por força de ordem dada por autoridade pública.

Na *Parte II*, o Protocolo estabelece a composição do Subcomitê de Prevenção, a forma de eleição dos membros e da mesa e o tempo de mandato e, na *Parte III*, determina como deverá ser cumprido o mandato do Subcomitê. Na *Parte IV* (arts. 17 a 23), o Protocolo versa sobre os *mecanismos preventivos nacionais*.

Na *Parte V*, o Protocolo estabelece que, por ocasião da ratificação, os Estados Partes poderão fazer uma declaração que adie a implementação de suas obrigações, o que será válido pelo máximo de três anos, que poderão ser estendidos pelo Comitê contra Tortura por mais dois anos após representações formuladas pelo Estado Parte e após consultas ao Subcomitê de Prevenção.

Finalmente, na *Parte VI* o Protocolo dispõe sobre o financiamento do Subcomitê de Prevenção. As despesas realizadas por ele na implementação do Protocolo serão custeadas pela ONU e, paralelamente, deverá ser estabelecido um Fundo Especial, administrado de acordo com o regulamento financeiro e as regras de gestão financeira das Nações Unidas, para auxiliar no financiamento da implementação das recomendações feitas pelo Subcomitê de

Prevenção após a visita a um Estado Parte, bem como programas educacionais dos mecanismos preventivos nacionais. O Fundo poderá ser financiado por contribuições voluntárias feitas por Governos, organizações intergovernamentais e não governamentais e outras entidades públicas ou privadas.

Em 2 de agosto de 2013, foi aprovada a Lei n. 12.847, que instituiu o *Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura* – SNPCT, com o objetivo de fortalecer a prevenção e o combate à tortura.

Esse sistema é composto pelo (i) Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – CNPCT, pelo (ii) Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT, pelo (iii) Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e pelo órgão do Ministério da Justiça responsável pelo sistema penitenciário nacional, atualmente o (iv) Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

O CNPCT será composto por vinte e três membros, escolhidos e designados pelo Presidente da República, sendo onze representantes de órgãos do Poder Executivo federal e doze de conselhos de classes profissionais e de organizações da sociedade civil, sendo presidido pelo Secretário de Direitos Humanos da Presidência da República (que possui *status* de Ministro de Estado). Sua missão é acompanhar, avaliar e propor aperfeiçoamentos às ações, aos programas, aos projetos e aos planos de prevenção e combate à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes desenvolvidos em âmbito nacional.

Já o *Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura* – MNPCT, órgão integrante da estrutura da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, é composto por onze peritos escolhidos pelo CNPCT e tem como principal missão planejar, realizar e monitorar *visitas periódicas e regulares a pessoas privadas de liberdade em todas as unidades da Federação*, para verificar as condições a que se encontram submetidas.

Assim, o Brasil cumpriu o disposto no Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (promulgado pelo Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007).

QUADRO SINÓTICO

<table>
<tr><th colspan="2">Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes</th></tr>
<tr><td>Definição de “tortura”</td><td>Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa, por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência, a fim de:
• obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões;
• castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido;
• intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou
• por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza.</td></tr>
<tr><td colspan="2">• Estado deve tomar medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição. Circunstâncias excepcionais, tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, não poderão ser invocadas como justificação da tortura em nenhum caso, nem a ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública poderá ser invocada para justificá-la.
• A criminalização de todos os atos de tortura deve ser concretizada por todo Estado Parte.
• Qualquer pessoa processada por qualquer dos crimes previstos na Convenção receberá garantias de tratamento justo em todas as fases do processo.
• Os crimes discriminados na Convenção devem ser considerados como extraditáveis em qualquer tratado de extradição existente entre os Estados Partes e estes se obrigarão a incluir tais crimes como extraditáveis em todo tratado de extradição que vierem a concluir entre si.</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td>Mecanismos de monitoramento da Convenção</td><td>• procedimento de relatorias periódicas
• comunicações interestatais
• petições individuais</td></tr>
<tr><th colspan="2">Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes</th></tr>
<tr><td>Objetivo</td><td>Estabelecer um sistema de visitas regulares de órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares onde as pessoas são presas, com o intuito de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.</td></tr>
<tr><td>Mecanismos de monitoramento do Protocolo</td><td>• Subcomitê de Prevenção no plano internacional
• órgão nacional para prevenir a prática de tortura
• as visitas tanto do órgão internacional quanto do nacional a qualquer lugar sob sua jurisdição onde pessoas são ou podem ser presas, por força de ordem dada por autoridade pública</td></tr>
</table>

10. Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e entrou em vigor internacional em 2 de setembro de 1990, no trigésimo dia após a data de depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas. É a Convenção que possui o mais elevado número de ratificações, já que contava, em 2012, com 193 partes.

A Convenção leva em conta o direito de que as pessoas na infância recebam cuidados e assistência especiais, em virtude da falta de maturidade física e mental, conforme reconheceu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como a Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança, a Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959 e os Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Embora outros diplomas internacionais também confiram proteção às crianças, a Convenção *sistematizou* não só direitos civis e políticos, mas também econômicos, sociais e culturais em *um só texto*, voltado especificamente para a sua proteção.

A Convenção foi assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990; aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990; ratificada em 24 de setembro de 1990. Entrou em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990 e foi promulgada por meio do Decreto n. 99.710, em 21 de novembro de 1990. Nota-se a grande celeridade de sua incorporação ao Direito brasileiro.

A Convenção possui 54 artigos, divididos em três partes. Na *Parte I*, a Convenção estabelece *definições e obrigações dos Estados Partes*; na *Parte II*, determina a constituição de um *Comitê para os Direitos das Crianças* e, na *Parte III*, fixa as *disposições finais* (assinatura, ratificação, adesão, entrada em vigor, emendas e reservas, denúncias, dentre outras).

O art. 1º da Convenção define que é considerado como criança, para seus fins, como “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. Observe-se que a definição da criança para a Convenção distingue-se da previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), que considera como criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade (art. 2º).

O art. 2º da Convenção enuncia a obrigação geral dos Estados Partes de respeitarem os direitos nela previstos, bem como de assegurar sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. Ademais, estabelece que os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

O art. 3º, por sua vez, determina a consideração primordial do melhor interesse da criança (*best interests of the child*) em todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por

autoridades administrativas ou órgãos legislativos e que se assegure à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. Ainda, determina que os Estados Partes se certifiquem de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à sua segurança e à saúde, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

A Convenção determina que os Estados Partes devem adotar todas as medidas administrativas, legislativas ou de outra espécie com a finalidade de implementar os direitos nela reconhecidos e, com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, devem adotar *essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis* e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional, conforme determina o art. 4º.

Devem também respeitar as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, quando for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na Convenção (art. 5º).

A partir do art. 6º a Convenção passa a enunciar os direitos em espécie a serem protegidos ou promovidos. O primeiro deles é o *direito à vida*, reconhecido como inerente a toda criança, devendo os Estados assegurar ao máximo sua sobrevivência e o seu desenvolvimento (art. 6º).

No art. 7º, garante-se o *direito de que seja registrada imediatamente* após seu nascimento e de que tenha, desde o momento do nascimento, um nome, uma *nacionalidade* e, na medida do possível, a *conhecer seus pais e a ser cuidada por eles*. Os Estados devem zelar pela aplicação desses direitos em conformidade com sua legislação nacional e com as obrigações assumidas em virtude de instrumentos internacionais, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida. Devem também se comprometer a respeitar o *direito da criança de preservar sua identidade*, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas (art. 8º). Nesse sentido, quando uma criança for privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes devem prestar assistência e proteção adequadas com o intuito de restabelecer rapidamente sua identidade.

Nessa esteira, o art. 9º determina que os Estados zelem para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade destes, *salvo* se a separação atender ao melhor interesse da criança, mediante autorização das autoridades competentes, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, sendo possível a revisão judicial. A Convenção menciona que a determinação de separação pode ser necessária em casos específicos, exemplificando os casos em que a criança sofre maus-tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão precisa ser tomada a respeito do local de sua residência. No caso de determinação de separação, todas as partes interessadas devem ter a oportunidade

de participar e de manifestar suas opiniões e, à criança separada de um ou de ambos os pais, reconhece-se o direito de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao melhor interesse da criança. Se a separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado Parte, como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado, quando solicitado, deve proporcionar aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem-estar da criança.

Ademais, a Convenção estabelece obrigações que *favorecem* a reunião da família. Assim, toda solicitação apresentada por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um Estado Parte com vistas à reunião da família, deverá ser atendida pelos Estados Partes de forma positiva, humanitária e rápida e estes deverão assegurar que a apresentação de tal solicitação não acarretará consequências adversas para os solicitantes ou para seus familiares. Ademais, a criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Assim, os Estados Partes devem respeitar o direito da criança e de seus pais de ingressar no seu próprio país e de sair de qualquer país, inclusive do próprio, sujeitando-se, neste caso, apenas às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam de acordo com os demais direitos reconhecidos pela Convenção (art. 10).

Entretanto, os Estados devem adotar medidas com a finalidade de *combater* a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita destas fora do país, promovendo, para tanto, a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos já existentes (art. 11). Nesse sentido, o Brasil ratificou a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, incorporando-a internamente pelo Decreto n. 3.413/2000, pela qual se busca proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual.

No art. 12, a Convenção confere à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o importante direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos com ela relacionados, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. Nesse sentido, o Estado deve proporcionar à criança a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, diretamente ou por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Nessa esteira, a Convenção também garante à criança *o direito à liberdade de expressão*, o qual inclui a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança (art. 13). Certas restrições podem ser impostas ao exercício de tal direito, mas unicamente se previstas em lei e se forem necessárias para o

respeito dos direitos ou da reputação dos demais ou para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou da saúde e da moral públicas (art. 14).

Às crianças também é garantido *o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de crença*. Os Estados Partes devem respeitar os direitos e deveres dos pais e dos representantes legais de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de acordo com a evolução de sua capacidade. Ademais, a liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita, unicamente, às limitações prescritas em lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais (art. 14).

O art. 15 determina aos Estados Partes o reconhecimento dos *direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de realizar reuniões pacíficas*, não podendo ser impostas restrições ao exercício desses direitos, salvo as estabelecidas em conformidade com a lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, da proteção à saúde e à moral públicas ou da proteção aos direitos e liberdades dos demais.

A Convenção prevê que nenhuma criança poderá ser objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação, devendo o Estado conferir o direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados (art. 16).

No art. 17, a Convenção declara que os Estados Partes reconhecem a importância da função desempenhada pelos meios de comunicação. Nesse sentido, devem zelar para que a criança tenha acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes devem incentivar os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, bem como a produção e difusão de livros para crianças; promover a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações e desses materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais; incentivar os meios de comunicação no sentido de, particularmente, considerar as necessidades linguísticas da criança que pertença a um grupo minoritário ou que seja indígena; e, finalmente, promover a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar.

A Convenção ainda prevê que os Estados devem envidar seus melhores esforços para assegurar o reconhecimento de que *ambos os pais* têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Estabelece que cabe aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança, devendo ser o melhor interesse da criança sua preocupação fundamental. Para que se garantam os direitos enunciados na Convenção, os Estados devem prestar assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança, assegurando a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças. Devem também adotar todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de

assistência social e creches (art. 18).

O art. 19 determina que os Estados adotem todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra *todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual*, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela. Tais medidas devem incluir procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos mencionados de maus-tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária.

No art. 20, garante-se às crianças privadas temporária ou permanentemente do seu meio familiar, ou cujo melhor interesse exija que não permaneçam nesse meio, o direito à proteção e assistência *especiais* do Estado, devendo os Estados Partes garantir, de acordo com suas leis nacionais, cuidados alternativos para essas crianças, inclusive a colocação em lares de adoção, a *kafalah* do direito islâmico, a adoção ou, caso necessário, a colocação em instituições adequadas de proteção para as crianças. Se tais soluções forem eleitas, deve-se dar especial atenção à origem étnica, religiosa, cultural e linguística da criança, bem como à conveniência da continuidade de sua educação.

O art. 21 versa sobre *sistema de adoção*. Os Estados Partes devem considerar sempre o melhor interesse da criança, atentando para cinco aspectos:

i) a adoção seja autorizada *apenas* pelas autoridades competentes, as quais determinarão, conforme as leis e os procedimentos cabíveis e com base em todas as informações pertinentes e fidedignas, que a adoção é admissível em vista da situação jurídica da criança com relação a seus pais, parentes e representantes legais e que, caso solicitado, as pessoas interessadas tenham dado, com conhecimento de causa, seu consentimento à adoção, com base no assessoramento que possa ser necessário;

ii) a adoção para Estado estrangeiro seja considerada como *outro meio* de cuidar da criança, no caso em que esta não possa ser colocada em um lar de adoção ou entregue a uma família adotiva ou não receba atendimento adequado em seu país de origem;

iii) a criança adotada em outro país goze de salvaguardas e normas equivalentes às existentes em seu país de origem com relação à adoção;

iv) todas as medidas apropriadas sejam implementadas, a fim de garantir que, em caso de adoção em outro país, a colocação não permita benefícios financeiros indevidos aos que dela participarem;

v) os Estados devem promover os objetivos do sistema de adoção mediante ajustes ou acordos bilaterais ou multilaterais, envidando esforços para assegurar que a colocação da criança em outro país seja levada a cabo por intermédio das autoridades ou organismos competentes.

No art. 22, a Convenção determina que os Estados Partes devem adotar medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou

internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas. Com isso, busca-se garantir que possa usufruir dos direitos enunciados na Convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os Estados sejam partes. Nesse sentido, os Estados devem cooperar com as Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não governamentais que cooperem com as Nações Unidas, com o objetivo de proteger e ajudar a criança refugiada, bem como de localizar seus pais ou outros membros de sua família a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião com a família. Ademais, quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança privada permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo.

O art. 23 trata de *direitos da criança com deficiência física ou mental*. Os Estados devem reconhecer que estas devem desfrutar de uma vida plena e decente, em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade. Ademais, reconhecem seu direito de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, devem estimular e assegurar a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e às circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados. A assistência prestada para atender às necessidades especiais da criança com deficiência será gratuita sempre que possível, levando-se em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas que cuidem da criança, e objetivará assegurar a ela o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde, aos serviços de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento individual factível, inclusive seu desenvolvimento cultural e espiritual. Os Estados devem promover intercâmbio adequado de informações nos campos da assistência médica preventiva e do tratamento médico, psicológico e funcional das crianças com deficiência, inclusive a divulgação de informações a respeito dos métodos de reabilitação e dos serviços de ensino e formação profissional, bem como o acesso a essa informação, a fim de que os Estados possam aprimorar sua capacidade e seus conhecimentos e ampliar sua experiência nesses campos, levando-se em conta as necessidades dos países em desenvolvimento.

Pelo art. 24, a Convenção determina que os Estados Partes reconheçam o direito da criança de *gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde*, envidando esforços para assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários. Os Estados devem garantir a plena aplicação desse direito, adotando, em especial, medidas apropriadas para: reduzir a mortalidade infantil; assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, com ênfase nos cuidados básicos de saúde; combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável; assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal; assegurar que

todos os setores da sociedade conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos; e, finalmente, desenvolver a assistência médica preventiva, a orientação aos pais e a educação e serviços de planejamento familiar. Os Estados também devem adotar todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudicais à saúde da criança e se comprometem a promover e incentivar a cooperação internacional para alcançar, progressivamente, a plena efetivação do direito à saúde.

O art. 25 cuida da internação de crianças em estabelecimento por autoridades competentes para fins de atendimento, proteção ou tratamento de saúde física ou mental. Nesse contexto, os Estados reconhecem, pela Convenção, *o direito da criança a um exame periódico de avaliação do tratamento ao qual está sendo submetida e de todos os demais aspectos relativos à sua internação*.

No art. 26, reconhece-se o direito das crianças de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social. Assim, os Estados devem adotar as medidas necessárias para alcançar a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional. Os benefícios serão concedidos tendo em conta os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis por seu sustento, além de outras considerações cabíveis.

O direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social é reconhecido no art. 27 da Convenção. Nesse sentido, atribui-se aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança. Os Estados, entretanto, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, devem adotar medidas apropriadas para ajudar a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, devem proporcionar assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação. Os Estados devem também tomar todas as medidas adequadas para assegurar o pagamento da pensão alimentícia por parte dos pais ou de outras pessoas financeiramente responsáveis pela criança, quer residam no Estado Parte, quer no exterior. Assim, se a pessoa que detém a responsabilidade financeira pela criança residir em Estado diferente daquele onde mora a criança, o Estado Parte deve promover a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como a adoção de outras medidas apropriadas.

O art. 28 cuida do direito da criança à educação. Para que se possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, os Estados Partes devem tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos. Devem também estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas, como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade. Ademais, devem tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade, e tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças. Devem ainda adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar e para assegurar que a disciplina

escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança. Finalmente, a Convenção atribui aos Estados Partes a obrigação de promover e estimular a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente com o intuito de contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino.

No art. 29, a Convenção ainda especifica como deve ser orientada a educação da criança. Em primeiro lugar, deve ser voltada a desenvolver sua personalidade, suas aptidões e sua capacidade mental e física em todo o seu potencial. Ademais, deve imbuir nela o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, ao meio ambiente e aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do seu país (de residência e de origem) e aos das civilizações diferentes da sua. Finalmente, deve preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena. Tais disposições, entretanto, não podem ser interpretadas para restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que a educação ministrada em tais instituições esteja em conformidade com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado.

A Convenção dispõe também sobre a situação das crianças de Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, ou pessoas de origem indígena, em seu art. 30. À criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena é conferido o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua *própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma*.

Reconhece-se ainda o *direito ao descanso e ao lazer*, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística, devendo os Estados respeitar o direito da criança de participar plenamente da vida cultural e artística e encorajar a criação de oportunidades adequadas, em condições de igualdade, para que participem da vida cultural, artística, recreativa e de lazer (art. 31).

Garante-se ainda o direito de a criança estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social. Para assegurar sua efetivação, os Estados devem adotar medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais e devem, em particular, estabelecer idade mínima para a admissão em empregos, regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego e sanções apropriadas a fim de assegurar o cumprimento efetivo dessa disposição (art. 32).

No art. 33, a Convenção determina que os Estados adotem medidas apropriadas, inclusive legislativas, administrativas, sociais e educacionais, com o fim de proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias.

Os Estados também se comprometem, pelo art. 34, a *proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual*. Para tanto, os Estados devem tomar todas as medidas

de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal; a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais e em espetáculos ou materiais pornográficos.

Também com o fim de impedir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma, os Estados Partes devem tomar todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias (art. 35). Ademais, os Estados devem proteger a criança contra todas as demais formas de exploração que sejam prejudiciais para qualquer aspecto de seu bem-estar (art. 36).

O art. 37 versa sobre aspectos relativos a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e à privação da liberdade das crianças. Assim, os Estados devem zelar para que nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e não poderão impor a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade. Ademais, nenhuma criança deve ser privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária, devendo a detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança ser efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado. Toda criança que for privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e respeito, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Crianças em tais condições devem ficar separadas dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário ao melhor interesse da criança, assegurando-se a elas o *direito de manter contato com sua família* por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais. Finalmente, explicita-se que toda criança privada de liberdade deve ter direito a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

O art. 38 versa sobre a participação de *crianças em conflitos armados e hostilidades*. Nesse sentido, os Estados se comprometem, por meio da Convenção, a respeitar e a fazer com que sejam respeitadas as normas do direito humanitário internacional aplicáveis em casos de conflito armado no que digam respeito às crianças. Devem adotar todas as medidas possíveis a fim de assegurar que todas as pessoas que ainda *não tenham completado quinze anos de idade não participem diretamente de hostilidades*. Devem também abster-se de recrutar pessoas que não tenham completado 15 anos de idade para servir em suas forças armadas; caso recrutem pessoas que tenham completado 15 anos mas que tenham menos de 18 anos, deve-se dar prioridade aos mais velhos. Finalmente, em conformidade com suas obrigações de acordo com o direito humanitário internacional para proteção da população civil durante os conflitos armados, os Estados Partes devem adotar todas as medidas necessárias para assegurar a proteção e o cuidado das crianças afetadas por um conflito armado.

Todas as medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica e a reintegração social de toda criança vítima de qualquer forma de abandono, exploração ou abuso; de tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou de conflitos armados devem ser adotadas pelos Estados, o que deve ser feito em um ambiente que

estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança (art. 39).

Finalmente, o art. 40 da Convenção assegura uma série de *direitos processuais* às crianças. Enuncia-se que os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

Para tanto, a Convenção determina que os Estados assegurem uma série de medidas. Primeiramente, o Estado deve assegurar que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos. Às crianças nessas condições devem ser concedidas as seguintes garantias: ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei; ser informada sem demora e diretamente ou por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das acusações que pesam contra ela; dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa; ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais; não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada; e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação, bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições; contar com a assistência gratuita de um intérprete caso a criança não compreenda ou fale o idioma utilizado; ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo; e, finalmente, ter submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei, as decisões que reconheçam a violação a leis penais.

Nessa esteira, os Estados se comprometem a buscar promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido. Em especial, devem estabelecer uma *idade mínima* antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais e devem adotar, sempre que conveniente e desejável, medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, respeitando-se plenamente os direitos humanos e as garantias legais. No caso brasileiro, a Constituição de 1988 estabelece que são penalmente *inimputáveis* os *menores de 18 anos*, sujeitos às normas da legislação especial (art. 228).

Ademais, devem disponibilizar diversas medidas, como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito.

No art. 41, a Convenção determina que nada do que nela estipulado afeta disposições mais convenientes para a realização dos direitos das crianças que constem das leis de Estado Parte ou das normas de direito internacional vigentes para esse Estado.

Na *Parte II*, como já mencionado, determina-se a constituição do *Comitê para os Direitos da Criança*, para conferir maior eficácia com relação às disposições da Convenção, devendo os Estados, periodicamente, encaminhar relatórios sobre a situação nacional dos direitos protegidos[11]. Na *Parte III*, finalmente, a Convenção apresenta disposições finais.

Em dezembro de 2011, a Assembleia Geral da ONU adotou o 3º Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, aberto a ratificações somente a partir de fevereiro de 2012, que cria um direito de petição das vítimas ao Comitê para os Direitos das Crianças.

10.1. O PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA RELATIVO AO ENVOLVIMENTO DE CRIANÇAS EM CONFLITOS ARMADOS

O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados foi adotado em Nova Iorque, em 25 de maio de 2000, e entrou em vigor internacionalmente em 12 de fevereiro de 2002, com o objetivo primordial de estabelecer um aumento de idade para o possível recrutamento de pessoas pelas forças armadas, reconhecendo-se as necessidades especiais das crianças particularmente vulneráveis ao recrutamento ou utilização em hostilidades, em decorrência de sua situação econômica ou social ou de sexo. O Protocolo leva em consideração as causas econômicas, sociais e políticas que levam ao envolvimento de crianças em conflitos armados.

O Protocolo foi firmado seguindo tendência internacional, uma vez que a vigésima sexta Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, realizada em dezembro de 1995, já havia recomendado que as partes envolvidas em conflitos adotassem todas as medidas possíveis para garantir que crianças menores de 18 anos não participem de hostilidades. Ademais, a Convenção n. 182 da OIT sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação, adotada em julho de 1999, proíbe o recrutamento forçado ou compulsório de crianças para utilização em conflitos armados.

O Protocolo foi assinado pelo Brasil em 6 de setembro de 2000; aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 230, de 29 de maio de 2003, e ratificado em 27 de janeiro de 2004. Entrou em vigor para o Brasil em 27 de fevereiro de 2004 e foi promulgado pelo Decreto n. 5.006, de 8 de março de 2004.

Possui apenas 13 artigos, alguns dos quais versam sobre o recrutamento para as forças armadas e outros se referem a grupos distintos das forças armadas. Deve-se observar que, por disposição expressa, nenhuma das disposições do Protocolo deve ser interpretada de modo a impedir a aplicação dos preceitos do ordenamento interno do Estado ou de instrumentos internacionais e do direito humanitário internacional, quando forem mais propícios à realização dos direitos da criança (art. 5º).

Já nos arts. 1º e 2º, o Protocolo enuncia que os Estados Partes deverão adotar todas as medidas possíveis para assegurar que membros de suas forças armadas menores de 18 anos

não participem diretamente de hostilidades e deverão assegurar que menores de 18 anos não serão recrutados de maneira compulsória em suas forças armadas.

Os Estados devem ainda elevar a idade mínima para o recrutamento voluntário de pessoas em suas forças armadas nacionais acima de 15 anos (idade fixada no art. 38, parágrafo 3, da Convenção sobre os Direitos da Criança), nos termos do art. 3º do Protocolo. Para tanto, ao ratificar o Protocolo ou aderir a ele, cada Estado depositará uma declaração vinculante, que fixa a idade mínima permitida para o recrutamento voluntário nas forças armadas nacionais, além de apresentar as salvaguardas adotadas para assegurar que o recrutamento não seja feito por meio da força ou coação. A declaração poderá ser ampliada a qualquer tempo pelos Estados por meio de notificação encaminhada ao Secretário-Geral da ONU. Observe-se que a exigência de elevação de idade não se aplica a escolas operadas ou controladas pelas forças armadas.

Se os Estados Partes permitirem o recrutamento voluntário de menores de 18 anos, devem manter salvaguardas para assegurar no mínimo que o recrutamento seja realmente voluntário, que seja feito com o consentimento informado dos pais do menor ou de seus tutores legais, que os menores sejam devidamente informados das responsabilidades envolvidas no serviço militar e que comprovem sua idade antes de serem aceitos no serviço militar nacional.

No art. 4º, o Protocolo estabelece que os grupos armados distintos das forças armadas de um Estado não deverão, em qualquer circunstância, recrutar ou utilizar menores de 18 anos em hostilidades, devendo os Estados adotar todas as medidas possíveis para evitar esse recrutamento e essa utilização, inclusive mediante a adoção de medidas legais necessárias para proibir e criminalizar tais práticas.

O art. 6º determina que os Estados Partes devem adotar todas as medidas legais, administrativas e de outra natureza necessárias para assegurar a implementação e aplicação efetivas das disposições do Protocolo em suas jurisdições, comprometendo-se a disseminar e promover os princípios e as disposições do Protocolo junto a adultos e crianças. Também devem comprometer-se a adotar todas as medidas possíveis para assegurar que pessoas em sua jurisdição recrutadas ou utilizadas em hostilidades, em contrariedade ao Protocolo, sejam desmobilizadas ou liberadas do serviço de outro modo, prestando a essas pessoas, quando for necessário, toda a assistência apropriada para a sua recuperação física e psicológica e para sua reintegração social.

O art. 7º cuida da cooperação que deve ocorrer entre os Estados, inclusive por meio de cooperação técnica e assistência financeira, para implementação do Protocolo, também quanto à prevenção de qualquer atividade contrária às suas disposições e na reabilitação e reintegração social de vítimas. A assistência e cooperação devem ser implementadas de comum acordo com os Estados Partes envolvidos e organizações internacionais relevantes, e os Estados que tenham condições prestarão assistência por meio de programas multilaterais, bilaterais ou de outros programas existentes ou por meio de um fundo voluntário criado em conformidade com as normas da Assembleia Geral.

Finalmente, no artigo 8º o Protocolo determina a submissão de relatório abrangente ao Comitê sobre os Direitos da Criança, no prazo de dois anos a contar da data de entrada em vigor do Protocolo, que conterá inclusive as medidas adotadas para implementar as

disposições sobre participação e recrutamento. Após a apresentação desse relatório, o Estado Parte deve incluir nos relatórios que submeter ao Comitê sobre os Direitos da Criança quaisquer informações adicionais sobre a implementação do Protocolo. Outros Estados Partes do Protocolo devem submeter um relatório a cada cinco anos. O Comitê poderá solicitar aos Estados informações adicionais relevantes para a implementação do Protocolo.

A partir do art. 9º, o Protocolo enuncia suas disposições finais: assinatura, ratificação e adesão (art. 9º), entrada em vigor (art. 10), denúncia (art. 11), proposição de emenda (art. 12), dentre outras.

10.2. PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA REFERENTE À VENDA DE CRIANÇAS, À PROSTITUIÇÃO INFANTIL E À PORNOGRAFIA INFANTIL

O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil foi adotado em Nova Iorque em 25 de maio de 2000 e entrou em vigor internacional em 18 de janeiro de 2002. No Brasil, o Congresso Nacional o aprovou por meio do Decreto Legislativo n. 230, de 29 de maio de 2003. O instrumento de ratificação foi depositado junto à Secretaria Geral da ONU em 27 de janeiro de 2004 e o Protocolo entrou em vigor para o Brasil em 27 de fevereiro de 2004 e foi promulgado por meio do Decreto n. 5.007, de 8 de março de 2004.

Foi adotado com a finalidade de ampliar medidas previstas na Convenção sobre os Direitos da Criança, com a finalidade de garantir a proteção das crianças – grupo particularmente vulnerável e mais exposto ao risco de exploração sexual – contra a venda de crianças, a prostituição infantil e a pornografia infantil, ante a preocupação com o significativo e crescente tráfico internacional de crianças para tais fins, com a prática disseminada do turismo sexual e com a crescente disponibilidade de pornografia infantil na internet e em outras tecnologias modernas[12]. Considerou-se, nesse sentido, o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho perigoso ou capaz de interferir em sua educação ou ser prejudicial à sua saúde ou ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

A elaboração do Protocolo levou em consideração os aspectos que contribuem para a ocorrência da venda de crianças, da prostituição infantil e da pornografia, como o subdesenvolvimento, a pobreza, as disparidades econômicas, a estrutura socioeconômica desigual, as famílias com disfunções, a ausência de educação, a migração do campo para a cidade, a discriminação sexual, o comportamento sexual adulto irresponsável, as práticas tradicionais prejudiciais e os conflitos armados e o tráfico de crianças, conforme explicitado em seus *consideranda*.

O Protocolo possui 17 artigos, não divididos em seções específicas. No primeiro deles, o documento estabelece que os Estados Partes deverão proibir a venda de crianças, a prostituição infantil e a pornografia infantil. No art. 2º, são apresentadas as definições para os seus propósitos. Assim, a *venda de crianças* é definida como:

- qualquer ato ou transação pela qual uma criança é transferida por qualquer pessoa ou

grupo de pessoas a outra pessoa ou grupo de pessoas;

• em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação.

A prostituição infantil consiste no uso de uma criança em *atividades sexuais* em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação e, finalmente, a *pornografia infantil* é definida como qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais.

O Protocolo estabelece diversos mandados *internacionais de criminalização* dos atos relacionados à venda de crianças, à prostituição e pornografia infantis. O art. 3º determina que os Estados Partes devem assegurar a criminalização integral dos atos mencionados, quer sejam cometidos dentro, quer fora de suas fronteiras, de forma individual ou organizada. Assim, no contexto da venda de crianças, os Estados devem criminalizar a oferta, entrega ou aceitação de uma criança, por qualquer meio, para fins de exploração sexual, transplante de órgãos com fins lucrativos ou envolvimento em trabalho forçado.

Nesse contexto, o Estado deve ainda criminalizar a indução indevida ao consentimento, na qualidade de intermediário, para adoção de uma criança em violação dos instrumentos jurídicos internacionais aplicáveis sobre adoção. Devem ser considerados crimes também os atos de oferta, obtenção, aquisição, aliciamento ou o fornecimento de uma criança para fins de prostituição infantil e a produção, distribuição, disseminação, importação, exportação, oferta, venda ou posse, para os fins mencionados, de pornografia infantil.

A tentativa desses atos também será punida, bem como cumplicidade ou participação em qualquer deles. A cominação das penas deve levar em conta a gravidade dos delitos e os Estados devem adotar medidas, quando for apropriado, para determinar a responsabilização legal das pessoas jurídicas, que poderá ser de natureza criminal, civil ou administrativa. Ademais, os Estados devem adotar todas as medidas legais e administrativas apropriadas para assegurar que todas as pessoas envolvidas na adoção de uma criança ajam em conformidade com os instrumentos jurídicos internacionais aplicáveis.

O art. 4º determina que o Estado Parte adote as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes cometidos em seu território ou a bordo de embarcação ou aeronave registrada no Estado, bem como medidas para estabelecer sua jurisdição sobre os delitos quando o criminoso presumido estiver presente em seu território e não for extraditado para outro Estado (*aut dedere, aut judicare* – ou extradita, ou julga). Parte pelo fato de o delito haver sido cometido por um de seus cidadãos. O Estado pode também adotar medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os delitos nos casos em que o criminoso presumido for um cidadão daquele Estado ou uma pessoa que mantém residência habitual em seu território ou nos casos em que a vítima for um cidadão daquele Estado.

O art. 5º, por sua vez, determina que os delitos relativos à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil devem ser considerados delitos passíveis de extradição em qualquer tratado de extradição existente entre Estados Partes, e devem ser incluídos como delitos passíveis de extradição em todo tratado de extradição subsequentemente celebrado entre eles. Se o Estado Parte que condicionar a extradição à existência de um tratado receber solicitação de extradição de outro Estado Parte com o qual

não mantém tratado de extradição, poderá adotar o Protocolo como base jurídica para a extradição quanto a esses delitos, sujeitando-se a extradição às condições previstas na legislação do Estado demandado. Ainda, se os Estados Partes não condicionarem a extradição à existência de um tratado, devem reconhecer os delitos como passíveis de extradição entre si, em conformidade com as condições estabelecidas na legislação do Estado demandado. Se este Estado não conceder a extradição ou recusar-se a concedê-la com base na nacionalidade do autor do delito, este Estado adotará as medidas apropriadas para submeter o caso às suas autoridades competentes, com vistas à instauração de processo penal (*aut dedere aut judicare – ou entrega ou julga)*.

O art. 6º versa sobre a prestação de assistência jurídica penal mútua entre os Estados Partes no que se refere a investigações ou processos criminais ou de extradição instaurados, inclusive para obtenção de provas à sua disposição e necessárias para a condução dos processos. Tais obrigações devem ser cumpridas em conformidade com quaisquer tratados ou outros acordos sobre assistência jurídica mútua que porventura existam entre os Estados Partes e, na ausência destes, devem prestar-se assistência mútua em conformidade com sua legislação nacional.

Para dificultar a ocorrência dos delitos relacionados à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, os Estados Partes devem adotar medidas para permitir o sequestro e confisco, conforme o caso, de bens, tais como materiais, ativos e outros meios utilizados para cometer ou facilitar o cometimento dos delitos, bem como rendas decorrentes do seu cometimento. Devem também atender às solicitações de outro Estado Parte referentes ao sequestro ou confisco de bens ou rendas e para fechar, temporária ou definitivamente, os locais utilizados para cometer esses delitos.

O art. 8º dispõe sobre as medidas a serem adotadas para proteger os direitos e interesses de crianças vítimas das práticas proibidas pelo Protocolo em todos os estágios do processo judicial criminal, considerando-se primordialmente o melhor interesse da criança. Nesse contexto, o Estado deve reconhecer a vulnerabilidade de crianças vitimadas e adaptando procedimentos para reconhecer suas necessidades especiais, inclusive como testemunhas, além de assegurar sua segurança, bem como de suas famílias e testemunhas, contra intimidação e retaliação e de prestar serviços adequados de apoio às crianças vitimadas no transcorrer do processo judicial.

Os Estados devem ainda informar as crianças sobre seus direitos, seu papel, além do alcance, datas e andamento dos processos e a condução de seus casos e evitar a demora desnecessária na condução de causas e no cumprimento de ordens ou decretos concedendo reparação a crianças vitimadas. Devem permitir que suas opiniões, necessidades e preocupações sejam apresentadas e consideradas nos processos em que seus interesses pessoais forem afetados, de forma coerente com as normas processuais da legislação nacional. A privacidade e a identidade das crianças também devem ser protegidas, devendo o Estado adotar medidas para evitar a disseminação inadequada de informações que possam levar à sua identificação.

Os Estados devem assegurar que eventuais dúvidas sobre a idade real da vítima não impeçam que se dê início a investigações, sejam elas criminais ou para determinar a idade da

vítima. Ademais, devem assegurar treinamento apropriado, especialmente jurídico e psicológico, às pessoas que trabalham com vítimas dos delitos em questão e, nos casos apropriados, devem adotar medidas para proteger a segurança e integridade das pessoas e organizações envolvidas na prevenção ou proteção e reabilitação de vítimas desses delitos.

O art. 9º prevê as *medidas a serem tomadas pelos Estados para implementar as disposições do Protocolo*. Assim, determina que os Estados adotem ou reforcem, implementem e disseminem leis, medidas administrativas, políticas e programas sociais para evitar os delitos estabelecidos no Protocolo, conferindo especial atenção à proteção de crianças especialmente vulneráveis às práticas nele descritas. Devem ainda promover a conscientização do público em geral, inclusive das crianças, por meio de informações disseminadas por todos os meios apropriados, educação e treinamento, sobre as medidas preventivas e os efeitos prejudiciais da venda de crianças, da prostituição e pornografia infantis. No cumprimento dessas obrigações, os Estados Partes devem incentivar a participação da comunidade e, em particular, de crianças vitimadas, nas informações e em programas educativos e de treinamento, inclusive em nível internacional. Devem ainda adotar todas as medidas possíveis para assegurar assistência apropriada às vítimas, inclusive sua completa reintegração social e sua total recuperação física e psicológica, e assegurar que tenham acesso a procedimentos adequados que lhes permitam obter das pessoas legalmente responsáveis, sem discriminação, reparação pelos danos sofridos.

Conforme determina o art. 10, os Estados devem adotar todas as medidas necessárias para intensificar a cooperação internacional por meio de acordos multilaterais, regionais e bilaterais para prevenir, detectar, investigar, julgar e punir os responsáveis por atos envolvendo a venda de crianças, a prostituição infantil, a pornografia infantil e o turismo sexual infantil. Ademais, devem promover a cooperação e coordenação internacionais entre suas autoridades, organizações não governamentais nacionais e internacionais e organizações internacionais. Devem ainda promover a cooperação internacional com a finalidade de prestar assistência às crianças vitimadas em sua recuperação física e psicológica, sua reintegração social e repatriação, bem como o seu fortalecimento da cooperação para lutar contra as causas básicas, tais como pobreza e subdesenvolvimento, que contribuem para a vulnerabilidade das crianças. Os Estados que possuírem condições poderão ainda prestar assistência financeira, técnica ou de outra natureza por meio de programas multilaterais, regionais, bilaterais ou outros programas existentes.

No art. 11, o Protocolo prevê que nenhuma disposição poderá afetar quaisquer outras disposições mais propícias à fruição dos direitos da criança e que possam estar contidas na legislação interna do Estado ou na legislação internacional em vigor para aquele Estado.

O art. 12, por sua vez, prevê a apresentação de relatórios periódicos por cada Estado Parte ao Comitê sobre os Direitos da Criança, no prazo de dois anos a contar da data da entrada em vigor do Protocolo para aquele Estado Parte, que deverá conter informações abrangentes sobre as medidas adotadas para implementar as disposições do Protocolo. Após sua apresentação do relatório abrangente, o Estado parte deve incluir nos relatórios que submeter ao Comitê sobre os Direitos da Criança quaisquer informações adicionais sobre a implementação do Protocolo e os demais Estados devem fazê-lo a cada cinco anos. O Comitê

poderá solicitar aos Estados informações adicionais relevantes para a implementação do Protocolo.

A partir do art. 13, estão previstas disposições finais do Protocolo (assinatura, entrada em vigor, denúncia, emendas, dentre outras).

QUADRO SINÓTICO

<table>
<tr><th colspan="2">Convenção sobre os Direitos da Criança</th></tr>
<tr><td>Definição de criança</td><td>Todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.</td></tr>
<tr><td colspan="2">Previsão da consideração do melhor interesse da criança (best interests of the child).</td></tr>
<tr><td>Principais direitos enunciados</td><td>• Direito à vida.
• Direito de que seja registrada imediatamente após seu nascimento.
• Direito de ter, desde o momento do nascimento, um nome, uma nacionalidade e, na medida do possível, de conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.
• Direito de preservar sua identidade.
• Direito de que não seja separada dos pais contra a vontade destes, salvo se a separação atender ao melhor interesse da criança.
• Direito de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos os pais, a menos que isso seja contrário ao melhor interesse da criança (no caso de criança separada de um ou de ambos os pais).
• Direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos com ela relacionados.
• Direito à liberdade de expressão.
• Direito à liberdade de pensamento, de consciência e de crença.
• Direitos à liberdade de associação e à liberdade de realizar reuniões pacíficas.
• Direito à proteção da lei contra interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, e contra atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.
• Direito de acesso a informação.</td></tr>
</table>

Principais direitos enunciados	• Direito à proteção e assistência especiais do Estado para crianças privadas temporária ou permanentemente do seu meio familiar, ou cujo melhor interesse exija que não permaneçam nesse meio. • Direito a proteção e a assistência humanitária adequadas para crianças refugiadas. • Direitos específicos da criança com deficiência física ou mental (vida plena e decente, em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade). • Direito de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. • Direito a um exame periódico de avaliação do tratamento e de todos os demais aspectos relativos à sua internação. • Direito de usufruir da previdência social. • Direito a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social. • Direito à educação. • Direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma (especialmente para crianças de Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, ou pessoas de origem indígena). • Direito ao descanso e ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística.

Principais direitos enunciados	• Direito de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social. • Direito à proteção contra todas as formas de exploração e abuso sexual. • Direito de não ser submetida a tortura ou a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, nem à pena de morte ou à prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade. • Direito de não ser privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. • Direito da criança privada da liberdade ser tratada com humanidade e respeito, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade; direito de manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas; direito a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada; direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação. • Direitos processuais.
Mecanismo de monitoramento	• Procedimento de relatórios periódicos. • Atenção: 3º Protocolo à Convenção (dezembro de 2011): direito de petição das vítimas ao Comitê (Brasil ainda não ratificou).

Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados	
Objetivo	Estabelecer um aumento de idade para o possível recrutamento de pessoas pelas forças armadas, reconhecendo-se as necessidades especiais das crianças particularmente vulneráveis ao recrutamento ou utilização em hostilidades, em decorrência de sua situação econômica ou social ou de sexo. Nesse sentido, os Estados Partes devem adotar todas as medidas possíveis para assegurar que membros de suas forças armadas menores de 18 anos não participem diretamente de hostilidades e devem assegurar que menores de 18 anos não serão recrutados de maneira compulsória em suas forças armadas, além de elevar a idade mínima para o recrutamento voluntário de pessoas em suas forças armadas nacionais acima de 15 anos. Ademais, os grupos armados distintos das forças armadas de um Estado não deverão, em qualquer circunstância, recrutar ou utilizar menores de 18 anos em hostilidades.
Mecanismo de monitoramento	Submissão de relatórios ao Comitê sobre os Direitos da Criança.

Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil	
Objetivo	Ampliar medidas previstas na Convenção sobre os Direitos da Criança, com a finalidade de garantir a proteção das crianças contra a venda, a prostituição infantil e a pornografia infantil, ante a preocupação com o significativo e crescente tráfico internacional de crianças para tais fins, com a prática disseminada do turismo sexual e com a crescente disponibilidade de pornografia infantil na Internet e em outras tecnologias modernas.
Definições	• *Venda de crianças:* “qualquer ato ou transação pela qual uma criança é transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas a outra pessoa ou grupo de pessoas, em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação”. • *Prostituição infantil*: “o uso de uma criança em atividades sexuais em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação”. • *Pornografia infantil*: “qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais”.
Mecanismo de monitoramento	Submissão de relatórios ao Comitê sobre os Direitos da Criança

11. Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)

A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Conferência de Viena de 1993) foi a segunda grande conferência sobre direitos humanos sob o patrocínio da ONU (a primeira foi a de Teerã, 1968) e contou com a participação de delegações de 171 Estados e mais de 800 organizações não governamentais acreditadas como observadores oficiais, além do "Fórum das ONG's" em paralelo ao evento, caracterizando-se como um verdadeiro marco para o Direito Internacional[13].

Na Conferência de 1993, foram adotadas a *Declaração e Programa de Ação de Viena*, por consenso, resultando em uma abrangente análise global do sistema internacional de direitos humanos e dos mecanismos de proteção destes direitos e ainda *consagrando* a *universalidade* como característica marcante do regime jurídico internacional dos direitos humanos. Realçou-se ainda a responsabilidade de todos os Estados desenvolverem e encorajarem o respeito a *todos* os direitos humanos.

A Declaração e Programa de Ação de Viena é um documento único[14], constituído de um *preâmbulo* de 17 parágrafos; da *Parte I*, com as declarações, apresentadas em 39 itens; e da *Parte II*, com 100 recomendações.

Inicialmente, declara-se que todos os povos têm *direito à autodeterminação*, podendo escolher livremente seu estatuto político e prosseguir livremente no seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Dessa forma, a Conferência Mundial de Direitos Humanos reconhece o *direito dos povos sob domínio colonial ou ocupação estrangeira de empreenderem qualquer ação legítima*, em conformidade com a Carta da ONU, para realizar seu direito à autodeterminação (item 2 da Declaração).

A Declaração ressalta a importância de se adotarem medidas internacionais para garantir e fiscalizar o cumprimento das normas de direitos humanos relativamente a povos sujeitos a ocupação estrangeira (item 3) e ressalta que a promoção e a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais devem ser considerados objetivos prioritários da ONU, devendo os órgãos e agências especializadas reforçar a coordenação das suas atividades com base na aplicação coerente e objetiva dos instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos (item 4).

Enuncia-se que todos os direitos humanos são *universais*, *indivisíveis* e *inter-relacionados*, devendo a comunidade internacional considerá-los, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase (item 5) e reafirma-se a importância de se garantir a *universalidade*, a *objetividade* e a *não seletividade* na consideração de questões relativas aos direitos humanos (item 32). Ressalta-se também que, embora o significado das *especificidades* nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos devam ser sempre levados em consideração, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger *todos* os direitos humanos e liberdades fundamentais.

No item 8, declara-se que a democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais são interdependentes e reforçam-se mutuamente. Nesse sentido, países menos desenvolvidos empenhados no processo de democratização e de

reformas econômicas devem ser apoiados pela comunidade internacional, para que alcancem sucesso na sua transição para a democracia e para o desenvolvimento econômico (item 9).

Reafirma-se também o *direito ao desenvolvimento* (item 10), como direito inalienável e parte integrante dos direitos humanos, que deve ser realizado de modo a satisfazer, de forma equitativa, as necessidades de desenvolvimento e ambientais das gerações presentes e vindouras (item 11). Reconhece-se também que todos têm direito de usufruir os benefícios decorrentes do progresso científico e das suas aplicações práticas, considerando-se que alguns progressos, nomeadamente nas ciências biomédicas e da vida, bem como na tecnologia de informação, podem ter consequências potencialmente adversas para a integridade, a dignidade e os direitos humanos do indivíduo.

Por meio da Declaração, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos exorta a comunidade internacional a envidar todos os esforços necessários para *ajudar a aliviar o peso da dívida externa* dos países em vias de desenvolvimento (item 12), conclama-a a promover esforços para atenuar e eliminar a *pobreza extrema generalizada* (item 14), a eliminar todas as formas de racismo e discriminação racial, xenofobia e manifestações conexas de *intolerância* (item 15) e a *combater o terrorismo* (item 17).

A Declaração também reafirma explicitamente os *direitos humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino*, exaltando como objetivos prioritários da comunidade internacional os esforços para eliminar a discriminação. Condena-se a violência baseada no sexo da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual (item 18).

Declara-se também a importância de se promoverem e protegerem os direitos das minorias (item 19), *dos grupos vulneráveis, como os trabalhadores migrantes* (item 24) *e dos povos indígenas* (item 20). Ressalta-se também a necessidade de se efetivarem os direitos das crianças, considerando-se sempre o *melhor interesse da criança* (item 21), e *das pessoas com deficiência*, incluindo a sua participação ativa em todos os aspectos da vida em sociedade (item 22).

Reafirma-se o direito de todos, sem distinção, de procurar e obter, noutros países, *asilo* contra as perseguições de que sejam alvo, bem como o direito de regressar ao seu próprio país, reconhecendo a necessidade de adoção de estratégias para abordar as causas remotas e os efeitos das movimentações de *refugiados* e outras pessoas deslocadas, o reforço de mecanismos de alerta e resposta em caso de emergência, a disponibilização de proteção e assistência efetivas, bem como a obtenção de soluções duradouras e a *prestação de assistência humanitária* às vítimas de todas as catástrofes, quer naturais quer causadas pelo ser humano (item 23).

Após reafirmar os direitos humanos, a Declaração conclama os Estados a oferecer um quadro institucional efetivo de soluções para *reparar* injustiças ou violações dos direitos humanos e ressalta a importância de uma *administração da justiça forte e independente* (item 27). Manifesta também a consternação pelas violações desses direitos, em especial sob a forma de genocídio, "limpeza étnica" e estupro sistemático de mulheres em situações de guerra, originando êxodos em massa de refugiados e pessoas deslocadas, reiterando a necessidade de *punição* dos autores e eliminação dessas práticas (item 28 – aceitação dos mandados internacionais de criminalização). Expressa também a profunda preocupação com

as violações dos direitos humanos que ocorrem durante os conflitos armados, que afetam a população civil, sobretudo mulheres, crianças, idosos e pessoas com deficiências, reafirmando a necessidade de observância do Direito Internacional Humanitário (item 29).

Menciona-se também a preocupação com a reiteração, em todo o mundo, de práticas de *tortura* e de penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, as execuções sumárias e arbitrárias, os desaparecimentos, as detenções arbitrárias, todas as formas de *racismo*, discriminação racial e *apartheid*, a ocupação e o domínio por parte de potências estrangeiras, a xenofobia, a pobreza, a fome e outras negações dos direitos econômicos, sociais e culturais, a *intolerância religiosa*, o *terrorismo*, *a discriminação contra as mulheres* e a *inexistência do Estado de Direito* (item 30).

A Declaração também exorta os Estados a que se abstenham de tomar qualquer *medida unilateral*, que não esteja em conformidade com o Direito Internacional e com a Carta das Nações Unidas e que crie obstáculos às relações comerciais entre Estados e obste à plena realização dos direitos humanos (em especial do direito de todos a um nível de vida adequado à sua saúde e bem-estar), não podendo a alimentação ser usada como meio de pressão política (item 31).

Realça-se a importância de se garantir que a *educação* se destine a reforçar o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, promovendo a compreensão, a tolerância, a paz e as relações amistosas entre as nações e todos os grupos raciais ou religiosos (item 33).

A Declaração menciona que devem ser empreendidos esforços acrescidos para apoiar os países que o solicitem a criar as condições que permitam a cada indivíduo usufruir os direitos humanos e das liberdades fundamentais universalmente reconhecidos, ressaltando o papel dos Governos, do sistema das Nações Unidas, bem como de outras organizações multilaterais (item 34). Finalmente, menciona a necessidade de dotar as atividades das Nações Unidas de mais recursos, para a plena e efetiva execução de suas atividades (item 35) e ressalta a importância das instituições nacionais e das organizações não governamentais para a promoção e proteção dos direitos humanos (itens 36 e 38).

Em seguida, a Declaração e Programa de Ação de Viena apresenta as cem recomendações, que são divididas em tópicos e que referem à busca de igualdade e dignidade, educação para os direitos humanos, bem como maior coordenação no âmbito do sistema das Nações Unidas e meios de supervisão e controle do respeito aos direitos humanos.

QUADRO SINÓTICO

Declaração e Programa de Ação de Viena
• É produto da análise global do sistema internacional de direitos humanos e dos mecanismos de proteção destes direitos. • Ressalta que os direitos humanos são universais, indivisíveis e inter-relacionados, devendo a comunidade internacional considerá-los, globalmente, de forma justa e equitativa.

12. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de

Presos

As Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos foram adotadas pelo I Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e para o Tratamento de Delinquentes, que foi realizada em Genebra, em 31 de agosto de 1955. Foram posteriormente aprovadas pelo Conselho Econômico e Social, por meio das Resoluções n. 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977.

As Regras Mínimas possuem natureza de *soft law*, que consiste no conjunto de normas não vinculantes de Direito Internacional, mas que podem se transformar em normas vinculantes posteriormente, caso consigam a anuência dos Estados. Ademais, tais normas espelham diversos direitos dos presos, previstos em tratados, como, por exemplo, o direito à integridade física e psíquica, igualdade, liberdade de religião, direito à saúde, entre outros. Assim, por consequência, a violação das regras mínimas pode concretizar a violação de dispositivos previstos em tratados de direitos humanos.

Na mensagem de aprovação das Regras pelo Conselho Econômico e Social, recomenda-se que o Secretário-Geral seja informado de cinco em cinco anos quanto aos progressos feitos para a sua aplicação, bem como que sua adoção e aplicação em estabelecimentos penitenciários e correicionais seja favoravelmente encarada, conforme indicara o preâmbulo da Resolução adotada em 1955.

As Regras Mínimas, compostas por 95 artigos, estão divididas em três seções: *observações preliminares* (arts. 1º a 5º), *regras de aplicação geral* (Parte I, arts. 6º a 55) e *regras aplicáveis a categoriais especiais* (Parte II, arts. 56 e s.).

As observações preliminares deixam claro que não se pretende que as regras descrevam pormenorizadamente um sistema penitenciário e que, levando-se em conta a grande variedade de condições legais, sociais, econômicas e geográficas existentes, não serão aplicadas indistintamente em todos os lugares. Pretendeu-se, entretanto, estabelecer princípios e regras básicos para a organização penitenciária e o tratamento dos reclusos, que devem servir de estímulo para esforços no sentido de promover a sua aplicação.

A primeira parte, conforme explicitam as observações preliminares, cuida de matérias relativas à *administração geral* dos estabelecimentos penitenciários e se aplica a todas as categorias de reclusos, quer em foro criminal, quer em foro cível, incluindo-se aqueles em prisão preventiva ou já condenados, bem como os detidos por medida de segurança ou medidas de reeducação ordenadas por juiz. Conquanto as regras não tenham como objetivo enquadrar a organização de estabelecimentos juvenis, considera-se que as regras de aplicação geral a eles se aplicam.

Enuncia-se, de início, o princípio básico: a aplicação das regras de forma *imparcial*, sem qualquer tipo de discriminação (com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou outra condição). Entretanto, as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso devem ser respeitados.

Estabelecem-se regras sobre o registro de informações sobre o preso, como a identidade, os motivos da detenção e a autoridade que a ordenou e o dia e hora de entrada e saída, além

da impossibilidade de que alguém seja preso *sem* ordem de detenção válida, cujos pormenores tenham sido registrados. Os bens pessoais do detido, quando não puderem manter sua posse durante a reclusão, serão guardados em lugar seguro e conservados em bom estado, para serem restituídos ao recluso no momento de sua libertação.

Também no momento da admissão, cada recluso deve receber informações escritas, ou oralmente, se o preso for analfabeto, sobre o regime aplicável à sua categoria, sobre as regras disciplinares do estabelecimento, sobre os meios autorizados para obter informações e formular queixas e sobre todos os outros pontos necessários para conhecer seus direitos e obrigações e para se adaptar à vida no estabelecimento. Os requerimentos ou queixas feitos pelos reclusos devem ser estudados sem demora e respondidos em tempo adequado, salvo se for inconsistente ou desprovido de fundamento.

Ademais, as *diferentes categorias* de reclusos devem ser mantidas em estabelecimentos *separados* ou em *diferentes zonas*, considerando-se o sexo e a idade, além de antecedentes penais, razões da detenção e medidas necessárias. Dessa forma, fica estabelecido que, na medida do possível, homens e mulheres devem ser detidos em estabelecimentos separados ou em celas totalmente separadas, os presos preventivos devem ser separados dos condenados, os presos cíveis daqueles presos por motivos penais e os jovens reclusos com relação aos adultos.

Quanto aos locais de reclusão, as regras definem que não podem ser ocupados por mais de um recluso, salvo se houver excesso temporário de população prisional, quando dois reclusos poderão ficar em uma mesma cela. Tais locais devem atender a todas as exigências de higiene e saúde. Deve-se garantir também vestuário, que não pode ser degradante ou humilhante, e roupa de cama, além de alimentação de valor nutritivo adequado, acesso a água potável e a prática diária de exercício físico.

Ademais, todo estabelecimento penitenciário deve dispor de serviços de pelo menos um médico qualificado, com conhecimentos em psiquiatria, e de um dentista qualificado. Os reclusos doentes que necessitarem de cuidados especializados devem ser transferidos e, se o tratamento hospitalar for prestado no estabelecimento prisional, este deve estar equipado para oferecer o tratamento adequado. Nos estabelecimentos em que houver reclusas grávidas, devem existir instalações especiais para o seu tratamento e, se a criança lá nascer, tal fato não pode constar de seu registro. Dentre outras atribuições do médico, as regras mínimas preveem seu dever de examinar o recluso o mais rapidamente possível, após a sua admissão no estabelecimento, para tomar as medidas necessárias, bem como de vigiar a saúde física e mental dos reclusos.

As regras preveem ainda que cada estabelecimento penitenciário deve contar com uma biblioteca para uso dos reclusos e que, se reunir um número suficiente de reclusos de uma mesma religião, um representante dela deve ser nomeado ou autorizado. Entretanto, se o recluso se opuser à visita de um representante, sua vontade deve ser respeitada.

A *realidade brasileira* demonstra claramente que tais regras não são cumpridas no Brasil: a superlotação dos presídios, a reclusão do preso em cela não separada de outras categorias, as péssimas condições de higiene e salubridade, abusos físicos e sexuais das mais variadas formas, bem como o controle *de facto* do presídio por *organizações criminosas* exemplificam

o quanto ainda se está distante do modelo concebido nas Regras Mínimas.

Estabelece-se, ainda, que a ordem e a disciplina devem ser mantidas com firmeza, sem, entretanto, que se imponham mais restrições do que as necessárias para a manutenção da segurança e da boa organização da vida comunitária. Com efeito, as condutas que constituem infração disciplinar, o tipo e a duração das sanções e a autoridade competente para pronunciá-las devem ser determinados por lei ou regulamentação emanada da autoridade administrativa competente. Ademais, o recluso não pode ser punido sem ser informado da infração de que é acusado e sem que tenha oportunidade de apresentar sua defesa.

As proibições de penas corporais e de colocação em "segredo escuro" e todas as punições cruéis, desumanas ou degradantes devem ser completamente proibidas como sanções disciplinares. Penas de *isolamento*, redução de alimentação ou qualquer outra que possa ser prejudicial à saúde física ou mental do recluso não devem ser aplicadas nunca, salvo se o médico examinar o recluso e certificar, por escrito, que ele está apto a suportá-las. Se reclusos forem submetidos a tais sanções, o médico deve visitá-los diariamente e apresentar relatório se considerar necessário pôr fim ou modificar a sanção por razões de sanção física ou mental.

Por oportuno, ressalta-se que, embora sua constitucionalidade não tenha sido julgada pelo STF, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), incluído pela Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, à Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), é *questionado* por parte da doutrina por ser considerado violador das Regras Mínimas, pela segregação prolongada de presos sem a observância dos limites vistos acima.

Ainda se estabelece que instrumentos como algemas, coletes de força, correntes e ferros nunca devem ser aplicados como sanção, e estes dois últimos instrumentos não podem ser utilizados como instrumentos de coação. Outros instrumentos de coação apenas podem ser utilizados em circunstâncias definidas, tais como por precaução contra evasão durante transferência ou por razões médicas sob indicação do médico.

Para permitir contatos com o mundo exterior, as Regras Mínimas aludem expressamente ao dever de se conceder aos reclusos a possibilidade de comunicar-se com as suas famílias, seja por meio de correspondência, seja por meio de visitas, bem como ao dever de mantê-los regularmente informados sobre as notícias mais importantes, por meio de jornais, periódicos ou outros meios autorizados ou controlados pela administração.

Há regras também sobre a notificação de morte, doença e transferência, dentre outros fatos ao recluso e à sua família; regras sobre a forma de transferência, situação em que medidas apropriadas devem ser tomadas para proteger de insultos, curiosidade ou publicidade e regra sobre a inspeção regular dos estabelecimentos e serviços penitenciários para assegurar que sejam administrados de acordo com as leis e regulamentos vigentes.

Finalmente, as Regras Mínimas apresentam as diretrizes para a formação e o trabalho dos membros do pessoal penitenciário, ressaltando sua missão social de grande importância, bem como diretrizes sobre o relacionamento dos funcionários com os reclusos, especialmente tendo-se em conta o tratamento com as mulheres.

A segunda parte, de outro lado, contém regras referentes ao objetivo de *reinserção* do recluso na sociedade. As regras aplicáveis aos reclusos condenados são também aplicadas

aos reclusos alienados e doentes mentais, reclusos detidos ou aguardando julgamento e condenados por dívidas ou a prisão civil, se não forem contraditórias com as regras específicas dessas seções e se levarem a uma melhoria de condições para tais reclusos.

Inicialmente, são apresentados os princípios gerais que devem nortear a administração dos sistemas penitenciários e os objetivos a que devem atender. Nesse sentido, ressalta-se que as medidas que resultarem na separação do criminoso, por privarem a pessoa de sua autodeterminação e de sua liberdade, de forma que o sistema penitenciário não deve agravar o sofrimento inerente a essa situação, exceto pontualmente, por razões justificáveis de segregação e para a manutenção da disciplina. Elege-se como fim da pena de privação de liberdade a proteção da sociedade contra o crime, o que só pode ser assegurado se o recluso, após seu regresso à liberdade, tenha vontade e aptidão para seguir um modo de vida de acordo com a lei e provendo suas próprias necessidades. Para tanto, diversas medidas são apresentadas com a finalidade de permitir a reintegração do recluso à sociedade.

Para atender à individualização da pena, cada recluso deve ter sua personalidade analisada para que lhe seja preparado um programa de tratamento, atendendo às suas necessidades individuais, suas capacidades e seu estado de espírito.

O trabalho na prisão é apresentado como uma medida apta a aumentar nos reclusos a capacidade de ganharem a vida honestamente após a liberdade. Dessa forma, prevê-se que a organização e os métodos do trabalho penitenciário devem se aproximar de trabalho semelhante fora do estabelecimento, garantindo-se aos reclusos os cuidados destinados a proteger a saúde e a segurança dos trabalhadores e que a lei preveja seus direitos de limitação do tempo de jornada, descanso semanal, remuneração equitativa, indenização em caso de acidente de trabalho ou doenças profissionais, dentre outros.

Também para atender ao objetivo de inclusão futura do recluso, prevê-se que devem ser tomadas todas as medidas para melhorar sua educação, sendo esta obrigatória para analfabetos e jovens reclusos, além de atividades de recreio e culturais. Ademais, observa-se a necessidade de se prestar atenção à manutenção e à melhora das relações entre o recluso e a família e de se estimular o recluso a estabelecer relações com pessoas e organizações externas. Faz-se alusão, ainda, à importância de prestação de assistência pós-prisional.

As Regras Mínimas, então, apresentam o especial tratamento que deve ser conferido aos reclusos doentes mentais, que não devem ser mantidos em prisões, mas transferidos para estabelecimentos apropriados.

Quanto aos presos ainda no aguardo de sentença defintiva, estes são *presumidos inocentes* e assim devem ser tratados. Devem ser mantidos *separados* dos condenados, garantindo-se a eles maiores direitos, como o de ser visitado ou tratado por seu médico e dentista pessoais e o de se entrevistar com seu advogado sem que seja ouvido (embora possa ser visto) por funcionário da polícia ou do estabelecimento.

Há também regras para os países cuja legislação preveja a prisão por dívidas ou por outras formas pronunciadas por decisão sem natureza penal, não podendo estes ser submetidos a maiores restrições nem ser tratados com maior severidade do que o necessário para manter a segurança e a ordem.

Finalmente, para os presos sem acusação, sem prejuízo do que dispõe o art. 9º do Pacto

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que garante a qualquer pessoa privada de sua liberdade o direito de recorrer a um tribunal para que decida sobre a legalidade de seu encarceramento, aplicam-se as disposições da Parte I das Regras Mínimas, além das aplicadas aos presos preventivos não julgados e dos princípios gerais da Parte II.

QUADRO SINÓTICO

Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos
• Natureza jurídica de *soft law.* Mas reflete vários direitos previstos em tratados internacionais. • Secretário-Geral da ONU deve ser informado de cinco em cinco anos quanto aos progressos feitos para a sua aplicação, bem como que sua adoção. • Regras levam em conta a grande variedade de condições legais, sociais, econômicas e geográficas existentes, de forma que não serão aplicadas indistintamente em todos os lugares. • A aplicação das regras deve ser feita de forma imparcial, sem qualquer tipo de discriminação (com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou outra condição). Entretanto, as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso devem ser respeitados. • Devem ser respeitados os demais direitos fundamentais do preso não afetados pela restrição de sua liberdade. • O objetivo é a reinserção social e prevenção da reincidência.

13. Protocolo de Prevenção, Supressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, complementar à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional

O Protocolo de Prevenção, Supressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, complementar à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotado em Nova Iorque em 15 de novembro de 2000, foi firmado tendo-se em vista que a *prevenção e o combate ao tráfico de pessoas* requer atuação conjunta dos países de origem, trânsito e destino, com medidas destinadas a prevenir o tráfico, punir os traficantes e proteger suas vítimas, nos termos de seu preâmbulo.

No Brasil, foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 231, de 29 de maio de 2003, e ratificado em 29 de janeiro de 2004. Entrou em vigor internacional em 29 de setembro de 2003 e, para o Brasil, em 28 de fevereiro de 2004. Foi finalmente promulgado pelo Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004.

O Protocolo possui vinte artigos, divididos em quatro partes: *disposições gerais* (arts. 1º a 5º), *proteção de vítimas de tráfico de pessoas* (arts. 6º a 8º) *e prevenção, cooperação e outras medidas* (arts. 9º a 13) e *disposições finais* (arts. 14 a 20).

No art. 1º, explicita-se que o Protocolo completa a Convenção das Nações Unidas contra o

Crime Organizado Transnacional, devendo ser interpretado em conjunto com ela, cujas disposições aplicam-se, *mutatis mutandis,* ao Protocolo.

O art. 2º, por sua vez, enuncia quais são os objetivos do Protocolo, quais sejam:

• prevenir e combater o tráfico de pessoas, com especial atenção às mulheres e às crianças; proteger e ajudar as vítimas do tráfico, com respeito pleno aos seus direitos humanos;

• e promover a cooperação entre os Estados Partes com a finalidade de atingir tais objetivos.

Ainda nas disposições gerais, o art. 3º apresenta *definições* para efeitos do Protocolo. O *tráfico de pessoas* significa:

• O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas.

• Ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.

• A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

• O consentimento dado pela vítima será considerado irrelevante em face de qualquer exploração descrita.

De outro lado, se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento para fins de exploração se referirem a crianças – assim consideradas qualquer pessoa com idade inferior a 18 anos –, restará *configurado* o tráfico de pessoas, ainda que a exploração não envolva nenhum dos meios acima referidos.

O art. 5º exige, por sua vez, que o Estado *criminalize* dos atos descritos como tráfico de pessoas, que tenham sido praticados intencionalmente, bem como sua tentativa, a participação como cúmplice, a organização da prática do tráfico ou a conferência de instruções a outras pessoas para que a pratiquem. O Protocolo se aplica à prevenção, investigação e repressão das infrações estabelecidas quando forem de natureza transnacional e envolverem grupo criminoso organizado, bem como à proteção das vítimas de tais infrações.

Na *Parte II*, o Protocolo dispõe sobre as medidas para proteção de vítimas do tráfico de pessoas. Nesse sentido, no art. 6º, que diz respeito à *assistência* e proteção às vítimas de tráfico de pessoas, fica estabelecido que o Estado protegerá a privacidade e a identidade das vítimas de tráfico de pessoas (inclusive com relação aos procedimentos judiciais relativos ao tráfico), nos casos em que se considere apropriado e na medida em que seja permitido pelo seu direito interno. Ademais, o Estado deve assegurar que seu sistema jurídico ou administrativo possua medidas que informem às vítimas do tráfico, quando for necessário, sobre os procedimentos judiciais e administrativos e assistência para permitir que suas preocupações sejam *levadas em conta* no processo penal instaurado *contra* o autor das infrações.

O Estado ainda deve fornecer medidas que permitam a recuperação física, psicológica e social das vítimas de tráfico de pessoas, em especial alojamento, aconselhamento e

informação, assistência médica psicológica e material e oportunidades de emprego, educação e formação. O Estado deve ainda promover esforços para garantir a *segurança física das vítimas de tráfico de pessoas* e assegurar que seu sistema jurídico viabilize a possibilidade de obterem *indenização por danos sofridos*.

No art. 7º, o Protocolo estabelece um estatuto das vítimas de tráfico de pessoas no Estado de acolhimento, prevendo que o Estado deve considerar a possibilidade de adotar *medidas* que permitam às vítimas de tráfico permanecerem em seu território a título temporário ou permanente.

Finalmente, no art. 8º o Protocolo versa sobre o repatriamento das vítimas de tráfico de pessoas, de modo que o Estado Parte do qual a vítima é nacional ou tinha residência permanente deve facilitar e aceitar sem demora indevida ou injustificada o retorno da pessoa. Evidentemente, conforme previsto, deve-se levar em conta a segurança da pessoa e a situação de processo judicial relacionado ao fato de a pessoa ser vítima de tráfico.

Na *terceira parte* ("Prevenção, cooperação e outras medidas"), são determinadas medidas a serem adotadas pelos Estados para a prevenção e combate ao tráfico de pessoas e para proteção às suas vítimas, especialmente mulheres e crianças, tais como campanhas de informação e de difusão através dos órgãos de comunicação e iniciativas sociais e econômicas. Nesse sentido, devem tomar medidas para reduzir os fatores como a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades que possam tornar as pessoas vulneráveis ao tráfico, bem como desencorajar a procura que fomenta atos de exploração de pessoas conducentes ao tráfico.

O art. 10 prevê que os órgãos do Estado devem cooperar entre si, mediante troca de informações, para verificar se as pessoas que atravessam ou tentam atravessar fronteira internacional com documentos de viagem pertencentes a terceiros ou sem documentos de viagem são autores ou vítimas de tráfico de pessoas; bem como para verificar os tipos de documentos de viagem que as pessoas têm utilizado ou tentado utilizar para atravessar uma fronteira internacional com o objetivo de tráfico de pessoas e os meios e métodos utilizados por grupos criminosos organizados com o objetivo de tráfico de pessoas.

Os Estados Partes também devem assegurar a formação dos agentes dos serviços competentes para a aplicação da lei, dos serviços de imigração ou de outros serviços competentes na prevenção do tráfico de pessoas; devem reforçar os controles fronteiriços necessários para prevenir e detectar o tráfico de pessoas; devem adotar medidas apropriadas para prevenir a utilização de meios de transporte explorados por transportadores comerciais na prática de tráfico de pessoas, dentre outras medidas nas fronteiras (arts. 10 e 11).

Finalmente, os Estados devem adotar medidas necessárias para a segurança e o controle de documentos (art. 12), bem como sua legitimidade e validade (art. 13).

Nas disposições finais o Protocolo estabelece, além dos dispositivos de praxe, uma cláusula de salvaguarda, pela qual o Protocolo não prejudicará os direitos, obrigações e responsabilidades dos Estados e das pessoas por força do Direito Internacional, incluindo-se aí o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário, e se forem aplicáveis a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados e ao princípio do *non-refoulement*.

Ademais, as medidas do Protocolo devem ser interpretadas e aplicadas de forma que as vítimas não sejam discriminadas (art. 14, a vítima não pode ser culpada pela situação de tráfico).

QUADRO SINÓTICO

Protocolo de Prevenção, Supressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, complementar à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional	
Objetivos	• Prevenir e combater o tráfico de pessoas, com especial atenção às mulheres e às crianças; • Proteger e ajudar as vítimas do tráfico, com respeito pleno aos seus direitos humanos; e • Promover a cooperação entre os Estados Partes com a finalidade de atingir tais objetivos.
Definição de tráfico de pessoas	"O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos." O consentimento dado pela vítima será considerado irrelevante em face de qualquer exploração descrita.
Principais medidas para proteção de vítimas do tráfico de pessoas	• Assistência e proteção às vítimas de tráfico de pessoas (inclusive proteção da privacidade e da identidade das vítimas de tráfico de pessoas). • Medidas que permitam a recuperação física, psicológica e social das vítimas de tráfico de pessoas. • Segurança física das vítimas de tráfico de pessoas. • Viabilização da possibilidade de, no sistema jurídico, as vítimas obterem indenização por danos sofridos. • Medidas que permitam às vítimas de tráfico permanecerem no território do Estado Parte a título temporário ou permanente.

14. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. A Convenção possui hoje 155 signatários e 126 Estados Partes. O Protocolo Facultativo, que diz respeito ao reconhecimento da competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

para receber petições individuais, possui 91 signatários e 76 Estados Partes. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência possui 50 artigos, não divididos em partes específicas, e seu Protocolo Facultativo possui 18 artigos.

Até 2006, havia uma impressionante lacuna na questão ante a inexistência de um tratado internacional universal (celebrado sob os auspícios da ONU) sobre os direitos das pessoas com deficiência. Não que esta questão fosse de pouco interesse: havia, até a edição da Convenção, vários diplomas normativos específicos não vinculantes sobre os direitos das pessoas com deficiência, que compunham a chamada *soft law*[15]. Ademais, calcula-se que 10% da população mundial possua alguma deficiência (aproximadamente 650 milhões de pessoas)[16]. Mas a *invisibilidade* e a *falta de foco* das instâncias de proteção de direitos humanos sobre o tema da deficiência gerava assimetria na proteção local, perpetuação de estereótipos, falta de políticas de apoio e, finalmente, *exclusão*.

Cabe salientar que a invisibilidade no que tange aos direitos das pessoas com deficiência é particularmente agravada pela separação existente entre elas e o grupo social majoritário, causada por barreiras físicas e sociais. Mesmo quando há notícia pública da marginalização, há ainda o senso comum de que tal marginalização é fruto da condição individual (*modelo médico da deficiência*) e não do contexto social. Por exemplo, no caso brasileiro, a inacessibilidade de alguns locais de votação no Brasil teve como resposta a edição de resolução do Tribunal Superior Eleitoral *desonerando* os eleitores com deficiência *de votar* (o que, aliás, contraria o dever de votar, previsto na CF/88), ao invés de exigir a modificação e acessibilidade total destes locais.

No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição. Portanto, foi incorporada ao direito brasileiro com estatuto normativo equivalente ao de emenda constitucional. O instrumento de ratificação dos textos foi depositado junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008, entrando em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008. A promulgação deu-se por meio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. O rito utilizado foi o do art. 5º, § 3º, da CF/88, que concede a esse tratado *status equivalente ao de emenda constitucional* (ver abaixo capítulo sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento brasileiro).

Devemos aqui expor pequena observação sobre a terminologia utilizada na questão. A expressão "pessoa portadora de deficiência" corresponde àquela usada pela Constituição brasileira (art. 7º, XXXI; art. 23, II, art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV; art. 203, V; art. 208, III; art. 227, § 1º, II; art. 227, § 2º; art. 244). Porém, o termo "portadora" realça o "portador", como se fosse possível deixar de ter a deficiência. Assim, a expressão utilizada pela Organização das Nações Unidas é "pessoas com deficiência" – "persons with disabilities", conforme consta da Standard Rules e da Convenção da ONU de 2006. Cabe salientar, ademais, que, tendo a Convenção em tela *status normativo equivalente ao de emenda constitucional*, vê-se que houve *atualização constitucional* da denominação para "pessoa com deficiência", que deve, a partir de 2009, ser o termo utilizado.

Vale ressaltar, nesse ponto, que o *medical model*, *modelo médico da abordagem da*

situação das pessoas com deficiência, via a deficiência como um "defeito" que necessitava de tratamento ou cura. Quem deveria se adaptar à vida social eram as pessoas com deficiência, que deveriam ser "curadas". A atenção da sociedade e do Estado, então, voltava-se ao reconhecimento dos problemas de integração da pessoa com deficiência para que esta desenvolvesse estratégias para minimizar os efeitos da deficiência em sua vida cotidiana. A adoção deste modelo gerou falta de atenção às práticas sociais que justamente agravavam as condições de vida das pessoas com deficiência, gerando pobreza, invisibilidade e perpetuação dos estereótipos das pessoas com deficiência como destinatárias da caridade pública (e piedade compungida), negando-lhes a titularidade de direitos como seres humanos. Além disso, como a deficiência era vista como "defeito pessoal", a adoção de uma política pública de inclusão não era necessária.

Já o *modelo de direitos humanos* (ou modelo social) vê a pessoa com deficiência como ser humano, utilizando o dado médico apenas para definir suas necessidades. A principal característica desse modelo é sua abordagem de "*gozo dos direitos sem discriminação*". Este princípio de antidiscriminação acarreta a reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a responsabilidade do Estado e da sociedade na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano. Assim, não se trata mais de exigir da pessoa com deficiência que esta se adapte, mas sim de exigir, com base na dignidade humana, que a sociedade trate seus diferentes de modo a assegurar a igualdade material, eliminando as barreiras à sua plena inclusão.

Na primeira parte do art. 1º, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adota, expressamente, o modelo de direitos humanos, ao estabelecer que seu propósito é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Na parte final do art. 1º, a Convenção estabelece que pessoas com deficiência são *aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas*. Assim, vê-se que, tal qual consta do preâmbulo, a deficiência é considerada um conceito social (e não médico) em evolução, resultante da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (preâmbulo, item "e").

A espinha dorsal da Convenção é o seu compromisso com a dignidade e os direitos das pessoas com deficiência, que são tidos como *titulares dos direitos* e não como objeto ou alvo da compaixão pública. Já no preâmbulo da Convenção, ficou estabelecido que, com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, toda pessoa faz jus a todos os direitos e liberdades ali estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação.

Esta visão da Convenção das pessoas com deficiência como *rights holders* abrange os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, inclusive o direito a um padrão

mínimo de vida, reafirmando as características da universalidade, indivisibilidade e interdependência do regime jurídico dos direitos humanos no plano internacional.

Além de 26 parágrafos em seu preâmbulo, a Convenção é regida pelos vários princípios estabelecidos no art. 3º, em especial o princípio do respeito da dignidade humana, da autonomia individual e a independência das pessoas. Além destes princípios diretivos, a Convenção, que tem um claro desejo de reforço e explicitação, ainda fez menção ao princípio da não discriminação, igualdade entre o homem e a mulher e da igualdade de oportunidades; da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; do respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; da acessibilidade e do respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Por meio da ratificação da Convenção, cabe ao Brasil adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos, bem como eliminar os dispositivos e práticas, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência. Em síntese, deve o Estado abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com seu texto, além de tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada.

O art. 5º da Convenção estabelece que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei. Além disso, os Estados devem proibir qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo. Assim, a Convenção alinha-se com a tradição humanista de defesa da igualdade. Neste século XXI, a Convenção zela pelo reconhecimento de direitos para todos (a igualdade formal dos clássicos do século XIX), mas sem se descurar dos instrumentos de promoção da igualdade material em uma sociedade plural. Esta sociedade plural é marcada pela afirmação das diferenças, que não pode gerar guetos e incomunicabilidade entre grupos ou culturas, sob pena de congelar a desigualdade de trato.

Por isso a Convenção estabelece que, a fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as *medidas apropriadas* para garantir que a adaptação razoável seja oferecida. Consequentemente, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias. Nesse contexto, a Convenção reconhece a possibilidade de os Estados adotarem as chamadas ações afirmativas, que objetivam fornecer condições estruturais de mudança social, evitando que a discriminação continue através de mecanismos informais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Por essa razão, para dar efetividade à igualdade, há a necessidade de uma conduta ativa visando a diminuição das desigualdades e a inclusão dos grupos vulneráveis. Com isso, ao afirmar a meta da igualdade material, a Convenção faz clara opção pela sociedade inclusiva.

No art. 24, ficou estabelecido o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados

assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, para que seja obtido: 1) pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e autoestima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pela diversidade humana; 2) o máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais; e, finalmente, 3) a participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

Para tanto, a Convenção é explícita em estabelecer que as pessoas com deficiência *não* podem ser excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência. Assim, as crianças com deficiência não podem ser excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de que "não acompanham".

Consequentemente, as pessoas com deficiência devem ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem, tendo que ser garantidas as adaptações de acordo com as necessidades individuais. Por isso, consta da Convenção que as pessoas com deficiência devem receber o apoio necessário, *no âmbito do sistema educacional geral*, com vistas a facilitar sua efetiva educação, devendo ser adotadas as medidas de apoio individualizadas e efetivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

A Convenção ainda prevê disposições específicas sobre: mulheres com deficiência (art. 6º); crianças com deficiência (art. 7º); conscientização (art. 8º); acessibilidade (art. 9º); direito à vida (art. 10); situações de risco e emergências humanitárias (art. 11); reconhecimento igual perante a lei (art. 12); acesso à justiça (art. 13); liberdade e segurança da pessoa (art. 14); prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (art. 15); prevenção contra a exploração, a violência e o abuso (art. 16); proteção da integridade da pessoa (art. 17); liberdade de movimentação e nacionalidade (art. 18); vida independente e inclusão na comunidade (art. 19); mobilidade pessoal (art. 20); liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação (art. 21); respeito à privacidade (art. 22); respeito pelo lar e pela família (art. 23); saúde (art. 25); habilitação e reabilitação (art. 26); trabalho e emprego (art. 27); padrão de vida e proteção social adequados (art. 28); participação na vida política e pública (art. 29) e participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte (art. 30).

Com relação à sua efetiva implementação, a Convenção prevê a obrigação dos Estados Partes de coletarem dados apropriados, inclusive estatísticos e de pesquisas, para que possam formular e implementar políticas destinadas a colocá-la em prática (art. 31). Devem ainda designar um ou mais de um ponto focal no âmbito do Governo para assuntos relacionados com a implementação da Convenção e devem dar a devida consideração ao estabelecimento ou designação de um mecanismo de coordenação no âmbito do Governo, a fim de facilitar ações correlatas nos diferentes setores e níveis. Ademais, em conformidade com seus sistemas jurídico e administrativo, devem manter, fortalecer, designar ou estabelecer estrutura, incluindo um ou mais de um mecanismo independente, de maneira apropriada, para promover, proteger e monitorar a implementação da Convenção (art. 33).

No âmbito internacional, estabelece que os Estados Partes devem reconhecer a importância da cooperação internacional e de sua promoção, em apoio aos esforços nacionais para a consecução do propósito e dos objetivos da Convenção e, assim, devem adotar medidas apropriadas e efetivas entre os Estados e, de maneira adequada, em parceria com organizações internacionais e regionais relevantes e com a sociedade civil e, em particular, com organizações de pessoas com deficiência (art. 32).

A implementação da Convenção é monitorada pelo chamado *sistema de relatórios periódicos,* por meio dos quais os Estados se obrigam a enviar informes, nos quais devem constar as ações que realizaram para a obtenção do respeito e garantia dos direitos humanos. No caso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, foi criado o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência composto por 18 especialistas independentes (12 inicialmente e 18 quando a Convenção alcançar 60 ratificações), indicados pelos Estados contratantes para mandatos de quatro anos, com uma reeleição possível.

Os Estados devem informar ao citado Comitê sobre as medidas legislativas, judiciais ou administrativas que tenham adotado e que serviram para implementar os dispositivos da Convenção. A periodicidade na apresentação dos relatórios é feita da seguinte forma: em primeiro lugar, há o relatório inicial que deve ser entregue após *dois* anos da ratificação da Convenção; após este relatório, outro deve ser entregue a cada *quatro* anos.

A Convenção prevê que os Estados Partes devem se reunir regularmente em Conferência dos Estados Partes a fim de considerar matérias relativas a sua implementação (art. 40).

O Brasil ainda ratificou o Protocolo Facultativo à Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sob o mesmo rito do art. 5º, § 3º, da CF/88. De acordo com o Protocolo, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, criado pela Convenção, pode receber e considerar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nome deles, sujeitos à sua jurisdição, alegando serem vítimas de violação das disposições da Convenção pelo referido Estado.

QUADRO SINÓTICO

Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo	
Definição de "pessoas com deficiência"	• São aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, as quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.
Princípios diretivos da Convenção	• respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; • não discriminação; • plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; • respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; • igualdade de oportunidades; • acessibilidade; • igualdade entre o homem e a mulher; • respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Principais obrigações assumidas pelos Estados	• Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos, bem como eliminar os dispositivos e práticas, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência. • O Estado deve abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com seu texto, além de tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada.
Mecanismos de monitoramento	Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com competência para: • Exame dos relatórios periódicos • Exame de petições das vítimas

15. Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado

A Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado foi assinada em Paris, em 6 de fevereiro de 2007, contando hoje com 91 países signatários e 37 Estados Partes. Pelo Brasil, a Convenção foi assinada em 6 de fevereiro de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 661, publicado em 1º de setembro de 2010, e ratificada em 29 de novembro de 2010.

Foi firmada após a adoção da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução n. 47/133, de 18 de dezembro de 1992), tendo em vista a gravidade do desaparecimento forçado, que constitui crime e, em determinadas circunstâncias definidas pelo direito internacional, crime contra a humanidade. Nesse sentido, em seu preâmbulo, a Convenção ressalta a necessidade de prevenir o desaparecimento forçado e de *combater a impunidade* nesses casos, afirmando o direito à verdade das vítimas sobre as circunstâncias do desaparecimento forçado e o destino da pessoa desaparecida, bem como o direito à liberdade de buscar, receber e difundir informação com este fim.

Trata-se de um importante instrumento para o Brasil, especialmente porque a Convenção *Interamericana* sobre o Desaparecimento Forçado, embora tenha sido aprovada pelo Congresso Nacional, não foi ainda ratificada pelo país.

A Convenção possui o preâmbulo e 45 artigos, divididos em três partes, que podem ser assim esquematizadas: (i) Parte I: obrigações estatais, direitos e garantias (arts. 1º a 25); (ii) Parte II: Comitê contra Desaparecimentos Forçados (arts. 26 a 36) e (iii) Parte III: disposições finais (arts. 37 a 45).

Iniciando a Parte I, o art. 1º enuncia: nenhuma pessoa será submetida a desaparecimento forçado e nenhuma circunstância excepcional, seja estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, poderá ser invocada como justificativa para o desaparecimento forçado.

Em seguida, o art. 2º define o *desaparecimento forçado* como "a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei".

Trata-se de definição bastante semelhante à já adotada pela Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado. Já no art. 24 a Convenção define como *vítima* a *pessoa desaparecida e todo indivíduo que tiver sofrido dano como resultado direto de um desaparecimento forçado.*

No art. 5º, a Convenção determina que a prática generalizada ou sistemática de desaparecimento forçado constitui *crime contra a humanidade*, tal como define o direito internacional aplicável, o qual está sujeito às consequências nele previstas.

O art. 3º determina ao Estado Parte a adoção de medidas apropriadas para *investigar* os atos definidos no art. 2º, cometidos por pessoas ou grupos de pessoas que atuem sem a autorização, o apoio ou a aquiescência do Estado, bem como para *levar os responsáveis à justiça*. Ademais, a Convenção estabelece um mandado de criminalização, ao determinar que os Estados tomem as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu direito penal. Em seguida, o art. 6º determina que os Estados Partes tomem as medidas necessárias para responsabilizar penalmente, ao menos:

a) toda pessoa que cometa, ordene, solicite ou induza a prática de um desaparecimento forçado, tente praticá-lo, seja cúmplice ou partícipe do ato;

b) o superior que: (i) tiver conhecimento de que os subordinados sob sua autoridade e controle efetivos estavam cometendo ou se preparavam para cometer um crime de desaparecimento forçado, ou que tiver conscientemente omitido informação que o indicasse claramente; (ii) tiver exercido sua responsabilidade e controle efetivos sobre as atividades relacionadas com o crime de desaparecimento forçado; e (iii) tiver deixado de tomar todas as medidas necessárias e razoáveis a seu alcance para prevenir ou reprimir a prática de um desaparecimento forçado, ou de levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e julgamento.

Ademais, nenhuma ordem ou instrução de autoridade pública civil, militar ou de outra natureza pode ser utilizada para justificar um crime de desaparecimento forçado.

Além de *criminalizar* a conduta, o Estado Parte deve fazer com que o crime seja punível com penas apropriadas, que levem em conta a sua gravidade. Entretanto, poderão ser definidas circunstâncias atenuantes, especialmente para pessoas que, tendo participado do cometimento de um desaparecimento forçado, efetivamente contribuam para a reaparição com vida da pessoa desaparecida, ou possibilitem o esclarecimento desses casos ou a identificação dos responsáveis por eles. Por outro lado, poderão ser definidas também circunstâncias agravantes, especialmente em caso de morte da pessoa desaparecida ou do desaparecimento forçado de gestantes, menores, pessoas com deficiência ou outras pessoas particularmente vulneráveis (art. 7º).

Com relação à prescrição penal do crime de desaparecimento forçado (art. 8º), o Estado Parte que adotá-la deve tomar as medidas necessárias para assegurar que o prazo seja de *longa duração e proporcional* à extrema seriedade desse crime e que sua contagem se *inicie* no momento em que *cessar* o desaparecimento forçado, considerando-se a sua *natureza permanente*. Em paralelo, cada Estado Parte deve garantir às vítimas de desaparecimento forçado o direito a um recurso efetivo durante o prazo de prescrição.

Ademais, o Estado deve tomar as medidas necessárias para instituir sua jurisdição sobre o crime de desaparecimento forçado quando o crime for cometido em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de um navio ou aeronave que estiver registrado no referido Estado; quando o suposto autor do crime for um nacional desse Estado ou quando a pessoa desaparecida for nacional desse Estado e este o considere apropriado. Deve também tomar medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o crime de desaparecimento forçado quando o suposto autor do crime encontrar-se em território sob sua jurisdição, salvo se extraditá-lo ou entregá-lo a outro Estado, de acordo com suas obrigações internacionais, ou entregá-lo a uma corte penal internacional, cuja jurisdição reconheça. Entretanto, a Convenção não exclui qualquer outra jurisdição penal exercida em conformidade com o direito interno (art. 9º).

No art. 10, a Convenção estabelece que, caso uma pessoa suspeita de ter cometido um crime de desaparecimento forçado esteja em território de um Estado Parte, este, após o exame da informação disponível e se considerar que as circunstâncias assim o justifiquem, pode proceder à detenção dessa pessoa ou adotar outras medidas legais necessárias para assegurar sua permanência. Nesses casos, será imediatamente iniciado um inquérito ou investigações para apurar os fatos. A pessoa detida nesses termos tem o direito de comunicar-se

imediatamente com o representante mais próximo do Estado de que é nacional ou, caso se trate de pessoa apátrida, com o representante do Estado onde habitualmente resida.

Já o art. 11 estabelece que o Estado Parte no território de cuja jurisdição se encontre uma pessoa suspeita de haver cometido crime de desaparecimento forçado, caso não conceda sua extradição ou a sua entrega a outro Estado, de acordo com suas obrigações internacionais, ou sua entrega a uma corte penal internacional cuja jurisdição tenha reconhecido, deve submeter o caso a suas autoridades competentes para fins de ajuizamento da ação penal. Em paralelo, toda pessoa investigada por crime de desaparecimento forçado terá a garantia de tratamento justo em todas as fases do processo e deverá beneficiar-se de um julgamento justo, ante uma corte ou tribunal de justiça competente, independente e imparcial estabelecido por lei.

Ademais, o art. 13 prevê que, para fins de extradição entre os Estados Partes, o crime de desaparecimento forçado *não* pode ser considerado crime político, um delito conexo a um crime político, nem um crime de motivação política. Dessa forma, um pedido de extradição fundado em um crime desse tipo não poderá ser recusado por este único motivo. Além disso, o crime de desaparecimento forçado deve estar entre os crimes passíveis de extradição em qualquer tratado celebrado entre Estados Partes antes da entrada em vigor da Convenção e os Estados Partes assumem o compromisso de incluir o crime de desaparecimento forçado entre os crimes passíveis de extradição em todos os tratados de extradição que vierem a firmar. A Convenção também pode ser considerada como a base legal necessária para extradições relativas ao crime de desaparecimento forçado, se um Estado Parte condicionar a extradição à existência de um tratado e não o tiver com outro Estado Parte. Por outro lado, os Estados Partes que não condicionarem a extradição à existência de um tratado reconhecerão o crime de desaparecimento forçado como passível de extradição entre si. Em todos esses casos, a extradição está sujeita às condições estipuladas pela legislação do Estado Parte requerido ou pelos tratados de extradição aplicáveis, o que inclui as condições relativas à pena mínima exigida para a extradição e à motivação pela qual o Estado Parte requerido poderá recusar a extradição ou sujeitá-la a certas condições. Por outro lado, nada da Convenção pode ser interpretado no sentido de obrigar o Estado Parte requerido a conceder a extradição, se este tiver razões substantivas para crer que o pedido tenha sido apresentado com o propósito de processar ou punir uma pessoa com base em razões de sexo, raça, religião, nacionalidade, origem étnica, opiniões políticas ou afiliação a determinado grupo social, ou que a aceitação do pedido causaria dano àquela pessoa por qualquer dessas razões.

O Estado deve assegurar a qualquer indivíduo que alegue que alguém foi vítima de desaparecimento forçado o *direito de relatar os fatos* às autoridades competentes, as quais examinarão as alegações pronta e imparcialmente e, caso necessário, instaurarão sem demora uma *investigação completa e imparcial*. Ademais, medidas apropriadas devem ser tomadas, caso necessário, para assegurar que o denunciante, as testemunhas, os familiares da pessoa desaparecida e seus defensores, bem como os participantes da investigação, sejam protegidos contra maus-tratos ou intimidação em decorrência da denúncia ou de qualquer declaração prestada. Ainda, caso haja motivos razoáveis para crer que uma pessoa tenha sido vítima de desaparecimento forçado, as autoridades instaurarão uma investigação, mesmo que não tenha havido denúncia formal.

Também deve assegurar que as autoridades mencionadas tenham os poderes e recursos necessários para conduzir eficazmente a investigação, inclusive acesso à documentação e a outras informações que lhe sejam relevantes, bem como tenham acesso, se necessário mediante autorização prévia de autoridade judicial, emitida com brevidade, a qualquer local de detenção ou qualquer outro local onde existam motivos razoáveis que levem a crer que a pessoa desaparecida se encontre. O Estado deve também adotar as medidas necessárias para prevenir e sancionar atos que obstruam o desenvolvimento da investigação e assegurar que pessoas suspeitas de haverem cometido o crime de desaparecimento forçado não estejam em posição que possa influenciar o andamento da investigação por meio de pressão ou atos de intimidação ou represália dirigidos contra o denunciante, as testemunhas, os familiares da pessoa desaparecida ou seus defensores, ou contra quaisquer pessoas que participarem da investigação.

A Convenção estabelece, em seu art. 14, que os Estados devem prestar mutuamente toda a assistência judicial possível no que diz respeito a processos penais relativos a um crime de desaparecimento forçado, inclusive disponibilizando toda evidência em seu poder que for necessária ao processo. Tal assistência judicial está sujeita às condições previstas no direito interno do Estado Parte requerido ou nos tratados de cooperação judicial aplicáveis, incluindo, em particular, os motivos pelos quais o Estado Parte requerido poderá recusar-se a conceder assistência judicial recíproca, ou sujeitá-la a certas condições. Além disso, o art. 15 determina que os Estados Partes cooperem entre si e prestem a máxima assistência recíproca para assistir as vítimas de desaparecimento forçado e para a busca, localização e libertação de pessoas desaparecidas e, na eventualidade de sua morte, para exumá-las, identificá-las e restituir seus restos mortais.

Pela Convenção, nenhum Estado Parte pode expulsar, entregar ou extraditar uma pessoa a outro Estado onde haja razões fundadas para crer que a pessoa correria o risco de ser vítima de desaparecimento forçado. Para avaliá-lo, as autoridades competentes devem levar em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, se couber, a existência no Estado em questão de um padrão de violações sistemáticas, graves, flagrantes e maciças dos direitos humanos ou graves violações do direito internacional humanitário (art. 16).

O art. 17 prevê que *nenhuma pessoa será detida em segredo*. Ademais, estabelece que, sem prejuízo de outras obrigações internacionais do Estado Parte em matéria de privação de liberdade, cada Estado Parte, em sua legislação: (i) deve estabelecer as condições sob as quais pode ser emitida autorização para a privação de liberdade; (ii) deve indicar as autoridades facultadas a ordenar a privação de liberdade; (iii) deve garantir que toda pessoa privada de liberdade seja mantida unicamente em locais de detenção oficialmente reconhecidos e supervisionados; (iv) deve garantir que toda pessoa privada de liberdade seja autorizada a comunicar-se com seus familiares, advogados ou qualquer outra pessoa de sua escolha e a receber sua visita, de acordo com as condições estabelecidas em lei, ou, no caso de um estrangeiro, de comunicar-se com suas autoridades consulares, de acordo com o direito internacional aplicável; (v) deve garantir acesso de autoridades e instituições competentes e legalmente autorizadas aos locais onde houver pessoas privadas de liberdade, se necessário mediante autorização prévia de uma autoridade judicial e, por fim, (vi) deve garantir que toda

pessoa privada de liberdade ou, em caso de suspeita de crime de desaparecimento forçado, por encontrar-se a pessoa privada de liberdade incapaz de exercer esse direito, quaisquer outras pessoas legitimamente interessadas, tais como seus familiares, representantes ou advogado, possam, em quaisquer circunstâncias, iniciar processo perante uma corte, para que esta decida sem demora quanto à legalidade da privação de liberdade e ordene a soltura da pessoa, no caso de tal privação de liberdade ser ilegal.

O Estado deve ainda assegurar a compilação e a manutenção de um ou mais registros oficiais ou prontuários atualizados de pessoas privadas de liberdade, os quais conterão certas informações determinadas pela Convenção e serão prontamente postos à disposição, mediante solicitação, de qualquer autoridade judicial ou de qualquer outra autoridade ou instituição competente, ao amparo do direito interno ou de qualquer instrumento jurídico internacional relevante de que o Estado Parte seja parte.

Ademais, cada Estado Parte deve garantir a quaisquer pessoas com interesse legítimo nessa informação, tais como familiares da pessoa privada de liberdade, seus representantes ou seu advogado, o acesso a pelo menos as seguintes informações: autoridade que ordenou a privação de liberdade; data, hora e local em que a pessoa foi privada de liberdade e admitida no local de privação de liberdade; autoridade que controla a privação de liberdade; local onde se encontra a pessoa privada de liberdade e, no caso de transferência para outro local de privação de liberdade, o destino e a autoridade responsável pela transferência; data, hora e local da soltura; dados sobre o estado de saúde da pessoa privada de liberdade; e, em caso de falecimento durante a privação de liberdade, as circunstâncias e causa do falecimento e o destino dado aos restos mortais (art. 18).

Esse direito só pode ser restringido em caso de estrita necessidade previsto por lei, e de maneira excepcional, quando a pessoa estiver sob proteção da lei e a privação de liberdade estiver sujeita a controle judicial; quando a transmissão da informação puder afetar de maneira adversa a privacidade ou a segurança da pessoa; obstruir uma investigação criminal; ou por outros motivos equivalentes, de acordo com a lei, em conformidade com o direito internacional aplicável e com os objetivos da Convenção. Deve-se assegurar às pessoas com interesse legítimo na informação o direito a um rápido e efetivo recurso judicial como meio de obter sem demora as informações previstas nessa disposição, o qual não poderá sob qualquer circunstância ser suspenso ou restringido (art. 20).

Os dados pessoais que forem coletados e/ou transmitidos no âmbito da busca por uma pessoa desaparecida, incluindo os dados médicos e genéticos, não podem ser utilizados ou disponibilizados para outros propósitos que não a referida busca, o que não prejudica a utilização de tais informações em procedimentos criminais relativos ao crime de desaparecimento forçado ou ao exercício do direito de obter reparação. A coleta, processamento, utilização e armazenamento de dados pessoais não devem infringir ou ter o efeito de infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de um indivíduo (art. 19).

O art. 21 prevê que cada Estado Parte deve tomar as medidas necessárias para assegurar que as pessoas privadas de liberdade sejam libertadas de forma que permita verificar com certeza terem sido elas efetivamente postas em liberdade. Ademais, deve adotar as medidas

necessárias para assegurar a integridade física dessas pessoas e sua capacidade de exercer plenamente seus direitos quando da soltura, sem prejuízo de quaisquer obrigações a que essas pessoas possam estar sujeitas em conformidade com a legislação nacional.

Os Estados devem também tomar as medidas necessárias para prevenir e punir a conduta de retardar ou obstruir os recursos das pessoas privadas de liberdade (para decidir sobre a legalidade da prisão) e os relativos ao direito à informação anteriormente mencionado. Também devem ser punidas as condutas de deixar de registrar a privação de liberdade de qualquer pessoa, bem como registrar informação que o agente responsável pelo registro oficial sabia ou deveria saber ser errônea e recusar prestar informação sobre a privação de liberdade de uma pessoa, ou prestar informação inexata, apesar de preenchidos os requisitos legais para o fornecimento dessa informação (art. 22).

Ainda, os Estados devem assegurar que a formação dos agentes responsáveis pela aplicação da lei, civis ou militares, de pessoal médico, de funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas suscetíveis de envolvimento na custódia ou no tratamento de pessoas privadas de liberdade, inclua a educação e a informação necessárias ao respeito das disposições pertinentes da Convenção, com o objetivo de prevenir o envolvimento de tais agentes em desaparecimentos forçados, ressaltar a importância da prevenção e da investigação desses crimes e assegurar que seja reconhecida a necessidade urgente de resolver esses casos. Devem ainda assegurar que sejam proibidas ordens ou instruções determinando, autorizando ou incentivando desaparecimentos forçados e que as pessoas que se recusarem a obedecer ordens dessa natureza não sejam punidas. Por fim, devem assegurar que as pessoas que tiverem motivo para crer que um desaparecimento forçado ocorreu ou está sendo planejado, levem o assunto ao conhecimento de seus superiores e, quando necessário, das autoridades competentes ou dos órgãos investidos de poder de revisão ou recurso (art. 23).

O art. 24 diz respeito às vítimas de desaparecimento forçado. Assim, toda vítima tem o direito de saber a verdade sobre as circunstâncias do desaparecimento forçado, o andamento e os resultados da investigação e o destino da pessoa desaparecida, devendo o Estado Parte tomar medidas apropriadas a esse respeito. Ademais, o Estado deve tomar todas as medidas cabíveis para procurar, localizar e libertar pessoas desaparecidas e, no caso de morte, localizar, respeitar e devolver seus restos mortais, além de assegurar que sua legislação garanta às vítimas o direito de obter reparação e indenização rápida, justa e adequada. O direito à obtenção de reparação abrange danos materiais e morais e, se couber, outras formas de reparação como restituição, reabilitação, satisfação (inclusive o restabelecimento da dignidade e da reputação) e garantias de não repetição. Cada Estado Parte deve adotar as providências cabíveis em relação à situação jurídica das pessoas desaparecidas cujo destino não tiver sido esclarecido, bem como à situação de seus familiares, no que diz respeito à proteção social, a questões financeiras, ao direito de família e aos direitos de propriedade. Ainda, deve garantir o direito de fundar e participar livremente de organizações e associações que tenham por objeto estabelecer as circunstâncias de desaparecimentos forçados e o destino das pessoas desaparecidas, bem como assistir as vítimas desses crimes.

Por fim, o art. 25 prevê que cada Estado Parte deve tomar as medidas necessárias para

prevenir e punir penalmente a apropriação ilegal de crianças submetidas a desaparecimento forçado, de filhos cujo pai, mãe, ou guardião legal for submetido a esse crime, ou de filhos nascidos durante o cativeiro de mãe submetida a desaparecimento forçado. Ademais, deve adotar medidas para prevenir e punir penalmente a falsificação, ocultação ou destruição de documentos comprobatórios da verdadeira identidade das mencionadas crianças. Também devem ser adotadas providências para procurar e identificar as crianças e restituí-las a suas famílias de origem, em conformidade com os procedimentos legais e os acordos internacionais aplicáveis. Para a procura, identificação e localização das crianças, os Estados devem assistir uns aos outros. Ainda, tendo em vista a necessidade de assegurar o melhor interesse da criança e seu direito de preservar ou de ter restabelecida sua identidade, inclusive nacionalidade, nome e relações familiares reconhecidos pela lei, os Estados Partes que reconhecerem um sistema de adoção ou outra forma de concessão de guarda de crianças devem estabelecer procedimentos jurídicos para rever o sistema de adoção ou concessão de guarda e, quando apropriado, para anular qualquer adoção ou concessão de guarda de crianças resultante de desaparecimento forçado. Em todos os casos, o melhor interesse da criança merece consideração primordial, e a criança que for capaz de formar opinião própria terá o direito de expressá-la livremente, à qual se dará o peso devido de acordo com a idade e a maturidade da criança.

Na Parte II, a Convenção estabelece a criação do *Comitê contra Desaparecimentos Forçados*[17].

Um relatório sobre as medidas tomadas pelo Estado em cumprimento das obrigações assumidas ao amparo da Convenção deve ser enviado pelo Estado Parte ao Comitê, dentro de dois anos contados a partir da data de entrada em vigor do texto para o Estado Parte interessado.

Ainda é possível a submissão ao Comitê, em regime de urgência, de pedido de busca e localização de uma pessoa desaparecida por seus familiares ou por seus representantes legais, advogado ou qualquer pessoa por eles autorizada, bem como por qualquer outra pessoa detentora de interesse legítimo. Também há a possibilidade de o Estado reconhecer a competência do Comitê para receber comunicações individuais ou interestatais.

Caso receba informação confiável de que um Estado Parte está incorrendo em grave violação do disposto na Convenção, o Comitê pode, após consulta ao Estado em questão, encarregar um ou vários de seus membros a empreender uma visita a esse Estado e a informá-lo a respeito o mais prontamente possível.

Por fim, a Parte III da Convenção contém suas disposições finais. O art. 37 dispõe que nada do que nela disposto afetará quaisquer outras disposições mais favoráveis à proteção das pessoas contra desaparecimentos forçados contempladas no direito de um Estado Parte ou no direito internacional em vigor para o referido Estado. Ademais, conforme prevê o art. 43, a Convenção não afeta as disposições de direito internacional humanitário, incluindo as obrigações das Altas Partes Contratantes das quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e de seus dois Protocolos Adicionais de 8 de junho de 1977, nem a possibilidade que qualquer Estado Parte tem de autorizar o Comitê Internacional da Cruz Vermelha a visitar locais de detenção, em situações não previstas pelo direito internacional humanitário.

Os demais dispositivos versam sobre: assinatura, ratificação e adesão (art. 38); entrada em vigor (art. 39); notificações do Secretário-Geral da ONU (art. 40); aplicação a todas as unidades dos Estados federativos (art. 41); submissão de controvérsias a arbitragem ou à Corte Internacional de Justiça (art. 42); emenda à Convenção (art. 44) e idiomas (art. 45).

QUADRO SINÓTICO

Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado	
Definições	• *Desaparecimento forçado:* a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei. • *Vítima de desaparecimento forçado:* a pessoa desaparecida e todo indivíduo que tiver sofrido dano como resultado direto de um desaparecimento forçado.
Principais obrigações assumidas pelos Estados	• Criminalização, investigação e punição do desaparecimento forçado. • Manutenção de informações sobre pessoas privadas de liberdade. • Prevenir e punir a conduta de retardar ou obstruir os recursos das pessoas privadas de liberdade (para decidir sobre a legalidade da prisão) e relativos ao direito à informação sobre pessoas privadas de liberdade. • Prevenir e punir as condutas de deixar de registrar a privação de liberdade de qualquer pessoa, bem como registrar informação que o agente responsável pelo registro oficial sabia ou deveria saber ser errônea e recusar prestar informação sobre a privação de liberdade de uma pessoa, ou prestar informação inexata, apesar de preenchidos os requisitos legais para o fornecimento dessa informação. • Assegurar que a formação dos agentes responsáveis pela aplicação da lei, civis ou militares, de pessoal médico, de funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas suscetíveis de envolvimento na custódia ou no tratamento de pessoas privadas de liberdade, inclua a educação e a informação necessárias a respeito do desaparecimento forçado.

Principais obrigações assumidas pelos Estados	• Tomar todas as medidas cabíveis para procurar, localizar e libertar pessoas desaparecidas e, no caso de morte, localizar, respeitar e devolver seus restos mortais. • Assegurar que sua legislação garanta às vítimas o direito de obter reparação e indenização rápida, justa e adequada. • Prevenir e punir penalmente a apropriação ilegal de crianças submetidas a desaparecimento forçado, de filhos cujo pai, mãe, ou guardião legal for submetido a esse crime, ou de filhos nascidos durante o cativeiro de mãe submetida a desaparecimento forçado.
Principais direitos e garantias	• Nenhuma pessoa será submetida a desaparecimento forçado. • Nenhuma circunstância excepcional, seja estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, poderá ser invocada como justificativa para o desaparecimento forçado. • Direito de qualquer indivíduo que alegue que alguém foi vítima de desaparecimento forçado de relatar os fatos às autoridades competentes, as quais examinarão as alegações pronta e imparcialmente e, caso necessário, instaurarão sem demora uma investigação completa e imparcial. • Direito de não ser detido em segredo. • Direito de informação acerca das pessoas privadas de liberdade. • Direito das vítimas de desaparecimento forçado de saber a verdade sobre as circunstâncias do desaparecimento forçado, o andamento e os resultados da investigação e o destino da pessoa desaparecida.

Mecanismos de monitoramento	Comitê contra Desaparecimentos Forçados, com competência para: • Exame de relatórios apresentados pelos Estados Partes, sobre as medidas tomadas em cumprimento das obrigações assumidas ao amparo da Convenção, dentro de dois anos contados a partir da data de sua entrada em vigor para o Estado Parte interessado. • Exame de comunicações interestatais. • Exame de petições individuais. • Possibilidade de exame de pedido de busca e localização de uma pessoa desaparecida, em regime de urgência. • Visita ao Estado Parte.

16. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias foi adotada pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução n. 45/158, de 18 de dezembro de 1990, em Nova Iorque. Entrou em vigor

em 1º de julho de 2003, conforme determina seu art. 87, possuindo 35 países signatários e 46 Estados Partes[18]. No Brasil, em 15 de dezembro de 2010, o Poder Executivo submeteu a apreciação de seu texto ao Congresso Nacional por meio da Mensagem de Acordos, convênios, tratados e atos internacionais – MSC n. 696/2010, a qual *ainda* está em tramitação[19].

O tratado foi elaborado tendo em vista uma série de diplomas internacionais já existentes sobre a questão do direito dos trabalhadores migrantes, bem como considerando a amplitude do *fenômeno da migração*, nessa era de globalização. Seu objetivo fundamental foi estabelecer normas para uniformizar princípios fundamentais relativos ao tratamento dos trabalhadores migrantes e de suas famílias, por meio de uma proteção internacional adequada, especialmente tendo em vista sua situação de *vulnerabilidade* e seu afastamento do Estado de origem.

A elaboração do tratado considerou ainda os problemas das migrações irregulares, em que os trabalhadores são frequentemente empregados em condições de trabalho menos favoráveis que outros, o que leva a que se procure tal mão de obra a fim de se beneficiar da concorrência desleal. Assim, seu texto considerou a necessidade de encorajar a adoção de medidas adequadas para prevenir e eliminar os movimentos clandestinos e o tráfico dos trabalhadores migrantes, assegurando, ao mesmo tempo, a proteção dos direitos fundamentais desses trabalhadores. Nesse passo, considerou-se que o emprego dos trabalhadores migrantes em situação irregular seria desencorajado se os direitos humanos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes fossem mais amplamente reconhecidos.

O texto da Convenção possui o preâmbulo e 93 artigos, divididos em nove partes.

Na Parte I, a Convenção cuida de seu alcance e traz definições. No art. 1º, determina sua aplicação, salvo disposição em contrário em seu próprio texto, a todos os trabalhadores migrantes e aos membros das suas famílias sem qualquer distinção fundada nomeadamente no sexo, raça, cor, língua, religião ou convicção, opinião política, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou outra situação. Aplica-se também a todo o processo migratório dos trabalhadores migrantes e membros das suas famílias (preparação da migração, a partida, o trânsito e a duração total da estada, a atividade remunerada no Estado de emprego, bem como o regresso ao Estado de origem ou ao Estado de residência habitual).

No art. 2º são definidos os conceitos relevantes de trabalhador migrante para os fins da Convenção e nos arts. 4º e 6º são apresentadas outras definições, abaixo esquematizadas:

Trabalhador migrante	Pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada num Estado de que não é nacional.
Trabalhador fronteiriço	Trabalhador migrante que conserva a sua residência habitual num Estado vizinho a que regressa, em princípio, todos os dias ou, pelo menos, uma vez por semana.
Trabalhador sazonal	Trabalhador migrante cuja atividade, pela sua natureza, depende de condições sazonais e só se realiza durante parte do ano.
Marítimo	Abrange os pescadores e designa o trabalhador migrante empregado a bordo de um navio matriculado num Estado de que não é nacional.
Trabalhador numa estrutura marítima	Trabalhador migrante empregado numa estrutura marítima que se encontra sob a jurisdição de um Estado de que não é nacional.
Trabalhador itinerante	Trabalhador migrante que, tendo a sua residência habitual num Estado, tem de viajar para outros Estados por períodos curtos, devido à natureza da sua ocupação.
Trabalhador vinculado a um projeto	Trabalhador migrante admitido num Estado de emprego por tempo definido para trabalhar unicamente num projeto concreto conduzido pelo seu empregador nesse Estado.

Trabalhador com emprego específico	(i) Que tenha sido enviado pelo seu empregador, por um período limitado e definido, a um Estado de emprego para aí realizar uma tarefa ou função específica; ou (ii) Que realize, por um período limitado e definido, um trabalho que exige competências profissionais, comerciais, técnicas ou altamente especializadas de outra natureza; ou (iii) Que, a pedido do seu empregador no Estado de emprego, realize, por um período limitado e definido, um trabalho de natureza transitória ou de curta duração; e que deva deixar o Estado de emprego ao expirar o período autorizado de residência, ou mais cedo, se deixa de realizar a tarefa ou função específica ou o trabalho inicial.
Trabalhador independente	Trabalhador migrante que exerce uma atividade remunerada não submetida a um contrato de trabalho e que ganha a sua vida por meio desta atividade, trabalhando normalmente só ou com membros da sua família, assim como o trabalhador considerado independente pela legislação aplicável do Estado de emprego ou por acordos bilaterais ou multilaterais.
Membros da família	Pessoa casada com o trabalhador migrante ou que com ele mantém uma relação que, em virtude da legislação aplicável, produz efeitos equivalentes aos do casamento, bem como os filhos a seu cargo e outras pessoas a seu cargo, reconhecidas como familiares pela legislação aplicável ou por acordos bilaterais ou multilaterais aplicáveis entre os Estados interessados.

Estado de origem	Estado de que a pessoa interessada é nacional.
Estado de emprego	Estado onde o trabalhador migrante vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada, consoante o caso.
Estado de trânsito	Estado por cujo território a pessoa interessada deva transitar a fim de se dirigir para o Estado de emprego ou do Estado de emprego para o Estado de origem ou de residência habitual.

O art. 3º explicita que a Convenção *não* se aplica: (i) às pessoas enviadas ou empregadas por organizações e organismos internacionais, nem às pessoas enviadas ou empregadas por um Estado fora do seu território para desempenharem funções oficiais, cuja admissão e estatuto são regulados pelo direito internacional geral ou por acordos internacionais ou convenções internacionais específicas; (ii) às pessoas enviadas ou empregadas por um Estado ou por conta desse Estado fora do seu território que participam em programas de desenvolvimento e em outros programas de cooperação, cuja admissão e estatuto são regulados por acordo celebrado com o Estado de emprego e que, nos termos deste acordo, não são consideradas

trabalhadores migrantes; (iii) às pessoas que se instalam num Estado diferente do seu Estado de origem na qualidade de investidores; (iv) aos refugiados e apátridas, salvo disposição em contrário da legislação nacional pertinente do Estado Parte interessado ou de instrumentos internacionais em vigor para esse Estado; (v) aos estudantes e estagiários e (vi) aos marítimos e aos trabalhadores de estruturas marítimas que não tenham sido autorizados a residir ou a exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego.

O art. 5º, por sua vez, apresenta a distinção entre os trabalhadores e membros de suas famílias considerados em situação *regular* ou *irregular*. São considerados *documentados* ou em *situação regular* se forem autorizados a entrar, permanecer e exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, ao abrigo da legislação desse Estado e das convenções internacionais de que esse Estado seja Parte. Por outro lado, são considerados *indocumentados* ou em *situação irregular* aqueles que não preencherem tais condições.

Na Parte II, a Convenção dispõe sobre a *não discriminação* em matéria de direitos. Assim, em seu art. 7º, os Estados Partes se comprometem, em conformidade com os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, a respeitar e garantir os direitos previstos na Convenção a todos os trabalhadores migrantes e membros da sua família que se encontrem no seu território e sujeitos à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação.

Na Parte III, por sua vez, a Convenção enuncia os direitos humanos de *todos* os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias. Trata-se de uma relação de direitos reconhecidos a todos os seres humanos, os quais, em linhas gerais, podem ser assim resumidos: direito à vida (art. 9º); impossibilidade de submissão a tortura, a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 10), a escravidão ou servidão, ou à realização de um trabalho forçado ou obrigatório (art. 11); liberdade de expressão (art. 13); inviolabilidade de domicílio, correspondência, comunicações (art. 14); expropriação condicionada a indenização justa e adequada (art. 15); liberdade e segurança, além de proteção contra a violência, os maus-tratos físicos, as ameaças e a intimidação, por parte de funcionários públicos ou privados, grupos ou instituições; proteção contra detenção ou prisão arbitrárias (art. 16).

Além disso, a Convenção prevê: direito a tratamento com humanidade e com respeito da dignidade inerente à pessoa humana e à sua identidade cultural; direitos dos trabalhadores migrantes detidos ou presos (art. 17); equiparação de garantias processuais às conferidas aos nacionais do Estado de emprego (art. 18); em matéria penal, princípio da legalidade e irretroatividade da lei, salvo se mais benéfica ao sentenciado (art. 19); impossibilidade de detenção por descumprimento de obrigação contratual e impossibilidade de privação de autorização de residência ou de trabalho; impossibilidade de expulsão por descumprimento de obrigação decorrente de um contrato de trabalho (art. 20); direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 24) e direito de reunião e associação, além do direito de inscrever-se livremente em sindicatos (art. 26).

Vale ressaltar, neste ponto, o art. 8º, que garante aos trabalhadores migrantes e suas

famílias o *direito de poder sair livremente de qualquer Estado*, incluindo o seu Estado de origem, o qual só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituam disposições necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades de outrem, e se mostrem compatíveis com os outros direitos reconhecidos nesta parte da Convenção. Ademais, têm o direito a regressar em qualquer momento ao seu Estado de origem e aí permanecer.

O art. 21 veda a todas as pessoas, com exceção dos funcionários públicos devidamente autorizados por lei para este efeito, o direito de apreender, destruir ou tentar destruir documentos de identidade, documentos de autorização de entrada, permanência, residência ou de estabelecimento no território nacional, ou documentos relativos à autorização de trabalho. Ademais, em nenhum caso é permitido destruir o passaporte ou documento equivalente de um trabalhador migrante ou de um membro da sua família.

O art. 22 dispõe que os trabalhadores migrantes e membros das suas famílias *não podem ser objeto de medidas de expulsão coletiva*, devendo cada caso ser examinado individualmente. A expulsão do território de um Estado Parte só pode ocorrer em cumprimento da decisão tomada por autoridade competente, em conformidade com a lei.

Já o art. 23 garante aos trabalhadores migrantes e membros das suas famílias o direito de recorrer à *proteção e à assistência das autoridades diplomáticas e consulares* do seu Estado de origem ou de um Estado que represente os interesses daquele Estado em caso de violação dos direitos reconhecidos na Convenção.

O art. 25, por sua vez, garante tratamento não menos favorável que aquele que é concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de retribuição e outras condições de trabalho e emprego, não sendo admitidas derrogações ao princípio da igualdade nos contratos de trabalho privados.

Nos arts. 27 e 28, a Convenção garante *direitos sociais* aos trabalhadores migrantes e membros das suas famílias, que se beneficiam no Estado de emprego, em matéria de segurança social, de tratamento igual ao que é concedido aos nacionais desse Estado, sem prejuízo das condições impostas pela legislação nacional e pelos tratados bilaterais e multilaterais aplicáveis. Ademais, têm direito de receber os cuidados médicos urgentes que sejam necessários para preservar a sua vida ou para evitar danos irreparáveis à sua saúde, em pé de igualdade com os nacionais do Estado em questão, os quais *não* podem ser-lhes recusados por motivo de irregularidade em matéria de permanência ou de emprego.

Nos arts. 29 e 30, a Convenção garante ao filho de um trabalhador migrante o direito a um nome, ao registo do nascimento e a uma nacionalidade, além do direito fundamental de acesso à educação em condições de igualdade de tratamento com os nacionais do Estado interessado, não podendo ser negado ou limitado o acesso a estabelecimentos públicos de ensino pré-escolar ou escolar por motivo de situação irregular em matéria de permanência ou emprego de um dos pais ou com fundamento na permanência irregular da criança no Estado de emprego.

Ademais, a Convenção prevê, em seu art. 31, que os Estados Partes devem assegurar respeito à *identidade cultural* dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias e não impedi-los de manter os laços culturais com o seu Estado de origem, podendo adotar as medidas adequadas para apoiar e encorajar esforços neste domínio. Além disso, cessando a

permanência no Estado de emprego, os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias têm o direito de transferir os seus ganhos e as suas poupanças e, nos termos da legislação aplicável dos Estados interessados, os seus bens e pertences.

O art. 33, por sua vez, enuncia o direito dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias serem informados pelo Estado de origem, Estado de emprego ou Estado de trânsito, conforme o caso, relativamente aos direitos que lhes são reconhecidos pela Convenção e às condições de admissão, direitos e obrigações em virtude do direito e da prática do Estado interessado e outras questões que lhes permitam cumprir as formalidades administrativas ou de outra natureza exigidas por esse Estado.

Por fim, os arts. 34 e 35 dispõem que nenhum desses direitos isenta os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias do dever de cumprir as leis e os regulamentos dos Estados de trânsito e do Estado de emprego e de respeitar a identidade cultural dos habitantes desses Estados. Ademais, nenhuma disposição da Convenção deve ser interpretada de forma a implicar a regularização da situação dos trabalhadores migrantes ou dos membros das suas famílias que se encontram indocumentados ou em situação irregular, nem como no sentido de criar qualquer direito a ver regularizada a sua situação, nem como capaz de afetar as medidas destinadas a assegurar condições satisfatórias e equitativas para a migração internacional, previstas na Parte VI da Convenção.

Na Parte IV, a Convenção prevê outros direitos dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias que se encontram documentados ou em situação *regular*, para além dos direitos anteriormente previstos. Nesses casos, há algum *paralelismo* com os direitos já garantidos pela Convenção na Parte III.

A Parte V da Convenção (arts. 57 a 63) apresenta as disposições aplicáveis a categorias especiais de trabalhadores migrantes e membros de suas famílias: trabalhadores fronteiriços, trabalhadores sazonais, trabalhadores itinerantes, trabalhadores vinculados a um projeto, trabalhadores com emprego específico e trabalhadores independentes. Os dispositivos desta Parte especificam o benefício dos direitos previstos na Parte IV que são aplicáveis a cada um desses tipos de trabalhadores por força da sua presença e do seu trabalho no território do Estado de emprego e que sejam compatíveis com seu estatuto, fazendo, entretanto, algumas ressalvas.

Na Parte VI, a Convenção dispõe sobre a promoção de condições saudáveis, equitativas, dignas e justas em matéria de migração internacional de trabalhadores migrantes e de membros de suas famílias. O art. 64 determina que os Estados Partes interessados consultem-se e cooperem, se necessário, a fim de promover referidas condições. A esse respeito, a Convenção prevê que sejam tomadas em conta não só as necessidades e recursos de mão de obra ativa, mas também as necessidades de natureza social, econômica, cultural e outra dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, bem como as consequências das migrações para as comunidades envolvidas.

A Convenção prevê ainda que sempre que os Estados Partes interessados considerarem a possibilidade de *regularizar* a situação dessas pessoas, devem ter devidamente em conta as circunstâncias da sua entrada, a duração da sua estada no Estado de emprego, bem como outras considerações relevantes, em particular as que se relacionem com a sua situação

familiar. Os Estados devem ainda adotar medidas não menos favoráveis do que as aplicadas aos seus nacionais para garantir que as condições de vida e de trabalho dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias em situação regular sejam conformes às normas de saúde, de segurança e de higiene e aos princípios inerentes à dignidade humana, além de facilitar o repatriamento para o Estado de origem dos restos mortais dos trabalhadores migrantes ou dos membros das suas famílias.

A Parte VII da Convenção dispõe sobre sua aplicação. Assim, em seu art. 72, institui o *Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de Suas Famílias*, com o fim de examinar a aplicação de seu texto.

O Comitê é composto por 14 peritos de alta autoridade moral, imparcialidade, e reconhecida competência no domínio abrangido pela Convenção, para exercerem suas funções a título pessoal. Os peritos são eleitos para um período de quatro anos por escrutínio secreto pelos Estados Partes, dentre uma lista de candidatos designados pelos Estados Partes, tendo em consideração a necessidade de assegurar uma repartição geográfica equitativa, no que respeita quer aos Estados de origem, quer aos Estados de emprego, e uma representação dos principais sistemas jurídicos. Cada Estado Parte pode designar um perito dentre os seus nacionais e pode haver reeleição. Por força do art. 73, os Estados Partes se comprometem a apresentar ao Comitê, por meio do Secretário-Geral da ONU, *relatórios periódicos* sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas e de outra natureza que hajam adotado para dar aplicação às disposições da Convenção, de cinco em cinco anos ou sempre que o Comitê solicitar. O Comitê examina os relatórios apresentados por cada Estado Parte, transmitindo a ele os comentários que julgar apropriados e podendo solicitar informações complementares.

O Comitê pode convidar agências especializadas e outros órgãos da ONU, bem como organizações intergovernamentais e outros organismos interessados, a submeter por escrito, para apreciação pelo Comitê, informações sobre a aplicação da Convenção nas áreas relativas aos seus domínios de atividade. Ademais, o Secretariado Internacional do Trabalho é convidado pelo Comitê a designar os seus representantes a fim de participarem, na qualidade de consultores, das reuniões.

O Comitê submete um relatório anual à Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a aplicação da Convenção, contendo suas observações e recomendações fundadas na apreciação dos relatórios e nas observações apresentadas pelos Estados. Tais relatórios são transmitidos pelo Secretário-Geral da ONU aos Estados Partes na Convenção, ao Conselho Econômico e Social, à Comissão dos Direitos Humanos da ONU, ao Diretor-Geral do Secretariado Internacional e a outras organizações relevantes neste domínio.

O art. 76 prevê ainda a possibilidade de que os Estados Partes declarem que reconhecem a competência do Comitê para avaliar *comunicações interestatais*, ou seja, para receber e apreciar comunicações de um Estado Parte, invocando o não cumprimento por outro Estado das obrigações decorrentes da presente Convenção. Por fim, no art. 77 a Convenção viabiliza também a possibilidade de que qualquer Estado Parte declare que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar *comunicações individuais*, ou seja, apresentadas por pessoas sujeitas à sua jurisdição ou em seu nome, invocando a violação por esse Estado Parte dos seus direitos individuais estabelecidos pela Convenção.

Ainda, a Parte VIII estabelece as disposições gerais da Convenção. No art. 79, determina-se que *nenhuma* disposição da Convenção afeta o direito de cada Estado Parte de estabelecer os *critérios de admissão* de trabalhadores migrantes e de membros de suas famílias. Entretanto, com relação às outras questões relativas ao estatuto jurídico e ao tratamento dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, os Estados Partes ficam vinculados pelas limitações impostas pela Convenção.

Além disso, nenhuma disposição da Convenção deve ser interpretada de forma a afetar as disposições da Carta da ONU e atos constitutivos das agências especializadas que definem as responsabilidades respectivas dos diversos órgãos da ONU e das agências especializadas (art. 80), e nenhuma disposição afeta as normas mais favoráveis à realização dos direitos ou ao exercício das liberdades dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias que possam figurar na legislação ou na prática de um Estado Parte ou em qualquer tratado bilateral ou multilateral em vigor para esse Estado. Além disso, nenhuma disposição da Convenção deve ser interpretada como implicando para um Estado, grupo ou pessoa, o direito a dedicar-se a uma atividade ou a realizar um ato que afete os direitos ou as liberdades nela enunciados (art. 81).

O art. 82 enuncia que os direitos dos trabalhadores migrantes e dos membros das sua famílias previstos na Convenção não podem ser objeto de renúncia, não sendo permitida qualquer forma de pressão sobre eles para que renunciem a estes direitos ou se abstenham de exercê-los. Assim, também não é possível a derrogação por contrato dos direitos reconhecidos na Convenção e os Estados Partes devem tomar as medidas adequadas para garantir que esses princípios sejam respeitados.

No art. 83, são apresentados os compromissos dos Estados Partes no sentido de garantir um recurso efetivo a toda pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção tenham sido violados, ainda que a violação tenha sido cometida por pessoa no exercício de funções oficiais. Os Estados devem garantir que, ao exercer tal recurso, o interessado possa ver a sua queixa apreciada e decidida por uma autoridade judiciária, administrativa ou legislativa competente, ou por qualquer outra autoridade competente prevista no sistema jurídico do Estado, e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial. Além disso, os Estados devem garantir que as autoridades competentes deem seguimento ao recurso quando este for considerado fundado.

Por fim, de acordo com o art. 84, os Estados se comprometem a adotar todas as medidas legislativas e outras que se afigurem necessárias à aplicação das disposições da Convenção. Finalmente, na Parte IX (arts. 85 a 92) a Convenção traz suas disposições finais: Secretário-Geral da ONU como depositário do tratado (art. 85); assinatura, adesão e ratificação (art. 86); entrada em vigor (art. 87); impossibilidade de exclusão de aplicação da Convenção a qualquer uma das partes (art. 88); denúncia (art. 89); revisão e emenda da Convenção (art. 90); reservas (art. 91); mecanismos de resolução de conflitos para interpretações distintas de seu texto (art. 92) e idiomas da Convenção (art. 93).

QUADRO SINÓTICO

<table>
<tr><th colspan="2">Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias</th></tr>
<tr><td>Aplicação da Convenção</td><td>• Aplica-se a todos os trabalhadores migrantes e aos membros das suas famílias sem qualquer distinção fundada nomeadamente no sexo, raça, cor, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou outra situação.
• Compreende a preparação da migração, a partida, o trânsito e a duração total da estada, a atividade remunerada no Estado de emprego, bem como o regresso ao Estado de origem ou ao Estado de residência habitual.
• Convenção não se aplica:
a) às pessoas enviadas ou empregadas por organizações e organismos internacionais, nem às pessoas enviadas ou empregadas por um Estado fora do seu território para desempenharem funções oficiais, cuja admissão e estatuto são regulados pelo direito internacional geral ou por acordos internacionais ou convenções internacionais específicas;
b) às pessoas enviadas ou empregadas por um Estado ou por conta desse Estado fora do seu território que participam em programas de desenvolvimento e noutros programas de cooperação, cuja admissão e estatuto são regulados por acordo celebrado com o Estado de emprego e que, nos termos deste acordo, não são consideradas trabalhadores migrantes;
c) às pessoas que se instalam num Estado diferente do seu Estado de origem na qualidade de investidores;
d) aos refugiados e apátridas, salvo disposição em contrário da legislação nacional pertinente do Estado Parte interessado ou de instrumentos internacionais em vigor para esse Estado;
e) aos estudantes e estagiários;
f) aos marítimos e aos trabalhadores de estruturas marítimas que não tenham sido autorizados a residir ou a exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego.</td></tr>
</table>

Principais obrigações dos Estados Partes	• Não discriminação em matéria de direitos: compromisso de respeitar e garantir os direitos previstos na Convenção a todos os trabalhadores migrantes e membros da sua família que se encontrem no seu território e sujeitos à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação. • Promoção de condições saudáveis, equitativas, dignas e justas em matéria de migração internacional de trabalhadores migrantes e de membros das suas famílias.
Direitos garantidos	Convenção tem por objetivo garantir o respeito aos direitos da pessoa humana também com relação aos trabalhadores migrantes, o que inclui direito à vida, direito à liberdade de expressão, direito de associação, dentre outros.
Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de Suas Famílias	• Composto por 14 peritos de alta autoridade moral, imparcialidade e reconhecida competência no domínio abrangido pela Convenção, para exercerem suas funções a título pessoal, eleitos para um período de quatro anos. • Relatórios periódicos apresentados ao Comitê pelos Estados Partes de cinco em cinco anos. • Comitê apresenta relatório anual à Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a aplicação da Convenção. • Possibilidade de reconhecimento da competência do Comitê para avaliar comunicações interestatais. • Possibilidade de reconhecimento da competência do Comitê para avaliar comunicações individuais.

1 Para competência, composição e funcionamento do Comitê de Direitos Humanos, conferir Parte II, Capítulo IV, item 3.

2 Para funcionamento do Comitê de Direitos Humanos quanto ao peticionamento individual, conferir Parte II, Capítulo IV, item 3.

3 Informação da Exposição de Motivos do Ministro de Estado das Relações Exteriores que acompanha a Mensagem Presidencial n. 924, que submeteu o texto do Protocolo ao Congresso Nacional.

4 Para competência, composição e funcionamento do Conselho de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conferir Parte II, Capítulo IV, item 4.

5 Para funcionamento do Comitê de Direitos Humanos, conferir Parte II, Capítulo IV, item 3.

6 LEMKIN. Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation – Analysis of Government - Proposals for Redress*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, em especial p. 79-95 (Capítulo IX “Genocide”).

7 Observe-se que o Protocolo de *Las Leñas*, firmado entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, prevê a mesma no âmbito do Mercosul, ao estabelecer, em seu art. 4º, que nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposto em razão da qualidade de cidadão ou residente permanente de outro Estado Parte, o que se aplicará também às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados Partes.

8 Para competência, composição e funcionamento do Comitê, cf. Parte II, Capítulo IV, item 5.

9 Para o funcionamento do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação, conferir Parte II, Capítulo IV, item 6.
10 Para competência, composição e funcionamento do Comitê, cf. Parte II, Capítulo IV, item 7.
11 Para competência, composição e funcionamento do Comitê para os Direitos da Criança, cf. Capítulo IV da Parte II ("Mecanismos internacionais de proteção e monitoramento dos direitos humanos: competência, composição e funcionamento").
12 Ressalte-se que a Conferência Internacional sobre o Combate à Pornografia Infantil na Internet (Viena, 1999) determina a criminalização da produção, distribuição, exportação, transmissão, importação, posse intencional e propaganda de pornografia infantil.
13 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
14 Observe-se que não se deve falar em "a Declaração e o Programa de Ação de Viena", e sim "Declaração e Programa de Ação de Viena". LINDGREN ALVES ressalta: "O simbolismo político do termo no título de um texto negociado entre 171 Estados, que, no período contemporâneo pós-colonial, oficialmente representavam toda a humanidade, compensaria sua imprecisão – e as dificuldades que os dois substantivos de gêneros distintos impõem à sintaxe de um documento singular, sobretudo nas línguas neolatinas" Cf. ALVES, José Augusto Lindgren. *Relações internacionais e temas sociais*: a década das conferências. Brasília: IBRI, 2001, p. 104.
15 Citem-se, entre outros, a Declaração das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, o Programa Mundial de Ação para as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, as Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência, a Declaração de Viena e Programa de Ação aprovados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em 1993, a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no Hemisfério Americano e, finalmente, o Compromisso do Panamá com as Pessoas Portadoras de Deficiência no Continente Americano.
16 Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 4 dez. 2012.
17 Conferir tópico específico sobre o tema no n. 10 do Capítulo IV da Parte II.
18 Em 26 de novembro de 2012.
19 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *MSC 696/2010*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=489652>. Acesso em: 26 nov. 2012.

III.

O SISTEMA REGIONAL AMERICANO (OEA)

1. A Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: aspectos gerais do sistema

Durante a 9ª Conferência Interamericana realizada em Bogotá, entre 30 de março a 2 de maio de 1948, foram aprovadas a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. A Carta da OEA proclamou, de modo genérico*, o dever de respeito aos direitos humanos* por parte de todo Estado-membro da organização. Já a Declaração Americana enumerou quais são os direitos fundamentais que deveriam ser observados e garantidos pelos Estados.

A Declaração Americana, que é anterior à Declaração Universal de Direitos Humanos, expressamente reconheceu a *universalidade* dos direitos humanos, ao expressar que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão ou nacional de um Estado, mas, sim, de sua condição humana (Preâmbulo da Declaração).

As disposições de direitos humanos da Carta da OEA estão previstas já no seu preâmbulo, que estabelece que o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar um regime de *liberdade individual e de justiça social*, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem. Os Estados americanos reconhecem ainda "os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo..." (art. 3, alínea k). Já o artigo 16 da Carta estipula que o desenvolvimento deve ser feito respeitando-se "os direitos da pessoa humana e os princípios da moral universal". Finalmente, o art. 44 da Carta estabelece direitos sociais, tais como o direito ao bem-estar material, o direito ao trabalho, direito à livre associação, direito à greve e à negociação coletiva, direito à previdência social e à assistência jurídica para fazer valer seus direitos. O art. 48 estabelece o direito à educação, considerado como "*fundamento da democracia, da justiça social e do progresso*".

Além desses dispositivos da Carta, os Estados-membros da OEA estão vinculados ao cumprimento dos direitos mencionados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que é considerada *interpretação autêntica* dos dispositivos genéricos de proteção de direitos humanos da Carta da OEA, conforme decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Parecer Consultivo sobre interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – art. 64 da Convenção,* 1989, § 45).

Após a adoção da Carta da OEA e da Declaração Americana, iniciou-se um lento desenvolvimento da proteção interamericana de direitos humanos. O primeiro passo foi a criação de um órgão especializado na promoção e proteção de direitos humanos no âmbito da OEA. Na 5ª Reunião de consultas dos Ministros de Relações Exteriores, realizada em

Santiago do Chile em 1959, foi aprovada moção pela criação de um órgão voltado para a proteção de direitos humanos no seio da OEA, *que veio a ser a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Pela proposta aprovada, a Comissão funcionaria provisoriamente até a adoção de uma "Convenção Interamericana de Direitos Humanos". Após a edição do Protocolo de Buenos Aires em 1967 (entrou em vigor em 1970), que emendou a Carta da OEA, a Comissão passou a ser *órgão principal* da própria Organização dos Estados Americanos, superando a debilidade inicial de ter sido criada por mera resolução adotada em reunião de Ministros. Assim, a Comissão incorporou-se à *estrutura permanente da OEA*, tendo os Estados a obrigação de responder aos seus pedidos de informação, bem como cumprir, em boa-fé, com suas recomendações, pois essas eram fundadas na própria Carta da OEA, agora reformada. A Comissão é composta de *sete comissários*, que são pessoas de alta autoridade moral e notório saber na área de direitos humanos, indicados por Estados da OEA e eleitos em escrutínio secreto pela Assembleia da organização, para *mandato de quatro anos*, com a possibilidade de uma *recondução*. Apesar da indicação governamental, os membros da Comissão atuam a título pessoal, ou seja, devem desempenhar suas funções com independência, com base em suas convicções pessoais, sem se ater a considerações políticas ou nacionais.

Atualmente, a OEA possui dois órgãos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Integral, voltados à promoção de direitos humanos. Incumbe à *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* a tarefa principal de responsabilização dos Estados por descumprimento dos direitos civis e políticos expressos na Carta e na Declaração Americana. Já o *Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral* deve zelar pela observância dos chamados direitos econômicos, sociais e culturais.

O próximo salto no desenvolvimento do sistema interamericano de proteção de direitos humanos foi a *aprovação do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos* em São José, Costa Rica, em 1969. A Convenção, entretanto, só entrou em vigor em 1978, após ter obtido o mínimo de 11 ratificações. Essa Convenção, além de dotar a já existente Comissão Interamericana de Direitos Humanos de novas atribuições, *criou* a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como o segundo órgão de supervisão do sistema interamericano de direitos humanos.

Em relação aos direitos protegidos, a Convenção aprofundou a redação dos direitos enunciados na Declaração Americana, vinculando os Estados (cabe lembrar que a Declaração Americana era tida como um texto não vinculante por não ser um tratado propriamente dito).

A partir da entrada em vigor da Convenção, a Comissão passou a ter *papel dúplice*. Em primeiro lugar, continuou a ser um órgão principal da OEA, encarregado de zelar pelos direitos humanos, incumbido até do processamento de petições individuais retratando violações de direitos humanos protegidos pela Carta da OEA e pela Declaração Americana. Em segundo lugar, a Comissão passou a ser também *órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos*, analisando petições individuais e interpondo ação de responsabilidade internacional contra um Estado perante a Corte[1]. Caso o Estado não tenha ratificado ainda a Convenção (como os Estados Unidos) ou caso tenha ratificado, mas não tenha reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte, a Comissão, pode apenas acionar a Assembleia Geral da

OEA.

Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, o sistema interamericano conta com diversos instrumentos internacionais que protegem direitos específicos. O mais importante deles é, sem dúvida, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Diretos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado em 1988 e ratificado pelo Brasil em 1996. Em uma região marcada por desigualdades sociais e pelo contraste entre a riqueza ostensiva de poucos e a miséria de milhões, o Protocolo Adicional veio ao encontro da necessidade de aferir o cumprimento dos direitos sociais em sentido amplo pelo Estado.

Quanto aos demais instrumentos internacionais do sistema interamericano de direitos humanos, cite-se, entre outros, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir o Crime de Tortura, adotada em 1985 e ratificada pelo Brasil em 1989; o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos relativo à Abolição da Pena de Morte, adotado em 1990 e ratificado pelo Brasil em 1996; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, adotada em 1994 em Belém do Pará (Brasil) e ratificada pelo Brasil em 1995, e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas adotada em 1994 e em vias de ratificação pelo Brasil.

2. Atuação específica da Organização dos Estados Americanos (OEA)

2.1. A OEA E A VALORIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Entre as várias atuações específicas da OEA na área dos direitos humanos, destaca-se a valorização do trabalho dos defensores públicos na promoção de direitos humanos.

Nesse sentido, foi editada pela OEA a Resolução n. 2.656/2011, intitulada “garantias de acesso à justiça: o papel dos defensores públicos oficiais”, na qual se enfatizou a importância do trabalho realizado pelos *defensores públicos oficiais*, em diversos países do Hemisfério, na defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos, que assegura o acesso de todas as pessoas à justiça, sobretudo daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade.

A OEA recomendou, pela resolução, aos Estados (como o Brasil) que já disponham do serviço de assistência jurídica gratuita que adotem medidas que garantam que os defensores públicos oficiais gozem de independência e autonomia funcional. Também incentivou os Estados-membros que ainda não disponham da instituição da *defensoria pública oficial* (o chamado “modelo brasileiro”) que considerem a possibilidade de criá-la em seus ordenamentos jurídicos e ainda pugnou pela celebração de convênios para a capacitação e formação de defensores públicos oficiais.

Em 2012, a OEA editou a Resolução n. 2.714, de 2012, ressaltando a necessidade dos Estados americanos em *assegurar o acesso à justiça, bem como garantir a independência e autonomia funcional* da Defensoria Pública.

Apesar de não possuírem força vinculante, essas resoluções indicam a posição da OEA sobre as defensorias, delineando o dever dos Estados de promover os direitos humanos por

intermédio da adoção do modelo de *defensoria pública oficial*.

2.2. OS RELATÓRIOS ANUAIS E RELATORIA PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Organização dos Estados Americanos criou, ao longo dos anos, *Relatorias Especiais* sobre temas de direitos humanos, vinculadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A mais importante dessas Relatorias é a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, criada em 1997 e com caráter permanente, independência funcional e estrutura própria (que inclusive conta com financiamento externo). A criação dessa Relatoria permanente busca incentivar a plena liberdade de expressão e informação nas Américas, direito essencial para o enraizamento da democracia em Estados de passado ditatorial recente (a maior parte dos Estados americanos vivenciaram períodos longos de ditaduras no século XX).

Cabe à Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão:

1) elaborar relatório anual sobre a situação da liberdade de expressão nas Américas e apresentá-lo à Comissão para apreciação e futura inclusão no Relatório Anual da Comissão IDH à Assembleia Geral da OEA;

2) preparar relatórios temáticos;

3) obter informações e realizar atividades de promoção e capacitação sobre a temática;

4) acionar imediatamente a Comissão a respeito de situações urgentes para que estude a adoção de medidas cautelares ou solicite a adoção à Corte Interamericana de Direitos Humanos; e

5) remeter informação à Comissão para instruir casos individuais relacionados com a liberdade de expressão.

Há ainda as seguintes Relatorias Especiais da OEA:

a) Relatoria sobre os direitos da mulher;

b) Relatoria sobre os direitos dos trabalhadores migrantes e suas famílias;

c) Relatoria sobre os direitos da criança.

Apesar de não possuirem força vinculante e serem considerados meras recomendações, os *relatórios temáticos* são amplamente divulgados e podem servir para que a Comissão IDH venha a processar os Estados infratores perante a Corte IDH (ver abaixo).

Por isso, em 2011, o Equador sugeriu uma série de mudanças na Comissão IDH, que atingem diretamente a Relatoria sobre liberdade de expressão. Entre as mudanças pretendidas (mas ainda não adotadas, em virtude de forte crítica de movimentos organizados de direitos humanos) estavam a eliminação dos relatórios temáticos, com a elaboração de um relatório anual único da Comissão IDH que incorporaria as recomendações dos relatores especiais.

3. Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José da Costa Rica")

A Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, por ocasião da Conferência

Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, em São José, na Costa Rica. Entrou em vigor internacional somente em 18 de julho de 1978, conforme determinava o § 2º de seu art. 74, após ter obtido 11 ratificações.

Em seu preâmbulo, a Convenção ressalta o reconhecimento de que os direitos essenciais da pessoa humana derivam não da nacionalidade, mas sim da sua *condição humana*, o que justifica a proteção internacional, de natureza convencional, *coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados*. Ressalta-se também que o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, só pode ser realizado se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar não só dos seus direitos civis e políticos, mas também dos seus direitos econômicos, sociais e culturais.

O Brasil aderiu à Convenção em 9 de julho de 1992, depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992, e a promulgou por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro do mesmo ano. O ato multilateral entrou em vigor para o Brasil em 25 de setembro de 1992, data do depósito de seu instrumento de ratificação (art. 74, § 2º).

A Convenção Americana é *composta por 82 artigos, divididos em três partes*: Parte I sobre os Deveres dos Estados e Direitos Protegidos; a Parte II sobre os "Meios de Proteção" e a Parte III, sobre as "Disposições Gerais e Transitórias".

A Parte I, portanto, enuncia os deveres impostos aos Estados Partes por meio da Convenção e os direitos por ela protegidos.

O Capítulo I enumera os *deveres dos Estados*: respeitar os direitos e garanti-los, adotando disposições protetivas de direito interno. O primeiro dos deveres, portanto, é a obrigação de respeitar os direitos e as liberdades reconhecidos na Convenção e de garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (art. 1º). Explicita-se, nesse ponto, que, para efeitos da Convenção, pessoa é todo ser humano. O segundo dos deveres enunciados é o de adotar disposições de direito interno (medidas legislativas ou de outra natureza) que forem necessárias para tornar efetivos direitos e liberdades, caso o seu exercício ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza (art. 2º).

O Capítulo II já passa a enunciar os *direitos civis e políticos* garantidos pela Convenção. Deve-se observar que a Convenção conferiu ênfase a tais direitos, apresentando um largo rol de direitos civis e políticos protegidos e explicitando situações decorrentes de sua proteção.

O art. 3º inicia o rol anunciando *o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica*, conferido a toda pessoa.

O art. 4º, por sua vez, reconhece o *direito à vida*. Nesse sentido, expõe-se que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida, o qual deve ser protegido por lei "e, em geral, desde o momento da concepção". Assim, ninguém pode ser privado de sua vida arbitrariamente. A possibilidade de autorização legal de hipóteses de aborto ou eutanásia não foi vedada pela Convenção, mas deve ser regrado de modo fundamentado como exceção à proteção geral da vida desde a concepção.

Como decorrência do reconhecimento do direito à vida, a Convenção dispõe que nos

países em que a pena de morte não tiver sido abolida, esta poderá ser imposta apenas para delitos mais graves, após a sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. A pena de morte não poderá ter sua aplicação estendida aos delitos aos quais não se aplique atualmente e, nos Estados Partes que a tenham abolido, não poderá ser restabelecida. Em nenhum caso poderá ser aplicada a delitos políticos ou a delitos comuns conexos com políticos. Ademais, a Convenção determina que não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento do cometimento do delito, for menor de 18 anos, ou maior de 70, nem se pode aplicá-la a mulher grávida. Finalmente, garante-se que toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Enquanto tal pedido estiver pendente de decisão perante a autoridade competente, a pena de morte não pode ser executada.

O art. 5º dispõe sobre o *direito à integridade pessoal*. Nesse sentido, enuncia-se que toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, não podendo qualquer pessoa ser submetida a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Como decorrência desse direito, a Convenção determina que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano e que a pena não pode passar da pessoa do delinquente. Ademais, os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, devendo ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas, e os menores devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. Finalmente, o art. 5º determina que as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a ressocialização dos condenados.

No art. 6º, a Convenção *veda a submissão de qualquer pessoa a escravidão ou servidão*, que são proibidas em todas as suas formas, assim como o *tráfico de escravos* e o *tráfico de mulheres*. *Ademais, ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório*. Entretanto, nos países em que se prevê a pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, essa disposição *não* pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento dessa pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. De qualquer forma, o trabalho forçado *não* deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.

A Convenção explicita as situações que não podem ser consideradas como trabalhos forçados ou obrigatórios: *serviço militar* e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, *qualquer serviço nacional* que a lei estabelecer em lugar daquele; *serviço exigido em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade*; trabalho ou serviço que faça parte das *obrigações cívicas normais*.

Além disso, os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente não podem ser considerados como trabalhos forçados ou obrigatórios, mas devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado.

No art. 7º, garante-se que toda pessoa tem *direito à liberdade e segurança pessoais*. Nesse sentido, a Convenção prevê que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo por causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições dos Estados ou pelas leis conformes com elas. Ademais, ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários e toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela. A pessoa nessas condições deve também ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Entretanto, sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A Convenção garante ainda a toda pessoa privada da liberdade o *direito a recorrer* a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e de que se ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes que contemplem a previsão de que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, este recurso não pode ser restringido nem abolido e poderá ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

Finalmente, como decorrência do direito à liberdade e segurança pessoais, o art. 7º estabelece que *ninguém deve ser detido por dívidas*, salvo os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de *inadimplemento de obrigação alimentar*. Observe-se que essa disposição da Convenção foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro por ocasião da decisão sobre a impossibilidade de prisão civil por dívidas do depositário infiel[2], hipótese viabilizada pela Constituição brasileira (art. 5º, LXVII), mas não prevista na Convenção Americana. O STF decidiu que a "subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel" (HC 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-12-2008, Plenário, *DJE* de 26-6-2009).

O art. 8º, por sua vez, enuncia as *garantias judiciais* contempladas pela Convenção. Assim, garante-se a toda pessoa o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um *prazo razoável*, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Toda pessoa acusada de um delito tem também o direito à presunção de inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Ademais, toda pessoa tem direito, durante o processo, de ser *assistida gratuitamente por um tradutor ou intérprete*, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada; direito de lhe serem concedidos o tempo e os meios necessários à preparação da defesa; direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistida por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; direito de ser assistida por um defensor

proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se, acusada, não se defender ela própria, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; *direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior*.

O direito ao duplo grau de jurisdição, previsto no Pacto de San José, não é pleno no Brasil, pois a própria Constituição de 1988 prevê casos de competência criminal originária de Tribunais cujas decisões não podem ser questionadas por recursos de cognição ampla. Isso sem contar os casos de competência original criminal do próprio STF, cujas decisões não podem ser questionadas de qualquer forma perante outro Tribunal doméstico. Para o STF, "se bem é verdade que existe uma garantia ao duplo grau de jurisdição, por força do Pacto de São José, também é fato que tal garantia não é absoluta e encontra exceções na própria Carta" (AI 601.832-AgR, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-3-2009, Segunda Turma, *DJE* de 3-4-2009).

Garante-se também que a confissão do acusado só será válida se feita sem coação de nenhuma natureza e que o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. Finalmente, a Convenção estabelece que o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

No art. 9º, garante-se o *princípio da legalidade e da retroatividade da lei penal benéfica*. Assim, a Convenção estabelece que ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Ademais, não se pode impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito, e se, *após* o cometimento do delito, a lei estabelecer a imposição de pena mais leve, o indivíduo será beneficiado.

O art. 10 determina que toda pessoa tem *direito a ser indenizada por erro judiciário*, conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença transitada em julgado.

O art. 11, por sua vez, volta-se ao *direito à proteção da honra e da dignidade*. Assim, a Convenção reconhece que toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade, de forma que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. Nesse sentido, garante-se também o direito de toda pessoa à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

Já o art. 12 garante a *liberdade de consciência e de religião* a toda pessoa. A Convenção explicita que esse direito implica a liberdade de conservar ou mudar sua religião ou suas crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como privadamente. Nesse sentido, não se pode submeter qualquer pessoa a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudá-las, e os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. Essa liberdade pode ficar sujeita apenas às limitações

previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

O art. 13 contempla o direito de toda pessoa à *liberdade de pensamento e de expressão*, que inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. Pela Convenção, esse direito não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas e a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. Também não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

De outro lado, a lei poderá submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, e deverá proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Observe-se que a manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgão judicial criado pelo próprio Pacto de San José) sobre esse dispositivo da Convenção foi utilizada pelos Ministros do STF como *fundamento* para declarar não recepcionada pela Constituição de 1988 a exigência de diploma de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista. Na ementa do RE 511.961 (Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-6-2009, Plenário, *DJE* de 13-11-2009), sintetizou-se o fundamento: “A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso ‘La colegiación obligatoria de periodistas’ – Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985)”[3].

O art. 14, por sua vez, versa sobre o *direito de retificação ou resposta*. Assim, explicita-se que toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. Tal retificação ou resposta *não* exime, em nenhum caso, de outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. Ademais, para garantir a efetiva proteção da honra e da reputação, a Convenção determina que toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.

No art. 15, reconhece-se o *direito de reunião* pacífica e sem armas, cujo exercício só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para

proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

O art. 16 versa sobre a *liberdade de associação*. Assim, garante-se a todas as pessoas o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. Restrições a esse direito também devem estar previstas em lei e somente podem ser impostas se forem necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. Entretanto, tal disposição não impede a imposição de restrições legais ou a privação do exercício do direito de associação aos membros das forças armadas e da polícia.

No art. 17, a Convenção cuida da *proteção da família,* apresentando-a como o núcleo natural e fundamental da sociedade, que deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. Reconhece-se o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para tanto exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o *princípio da não discriminação* estabelecido na Convenção. A Convenção prevê também que o casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes e que a lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento. Por meio da Convenção, os Estados se comprometem a adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução e, neste caso, devem ser adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência deles.

A Convenção garante ainda que toda pessoa tem *direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes*, devendo a lei regular a forma de assegurar a todos esse direito, ainda que mediante nomes fictícios, se for necessário (art. 18).

O art. 19, por sua vez, busca assegurar que toda *criança* tenha direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

No art. 20, garante-se a toda pessoa o *direito a uma nacionalidade*. O direito à nacionalidade do Estado é garantido a toda pessoa em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra, não se podendo privar arbitrariamente qualquer pessoa de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la. Ressalte-se que o Pacto de San José é ousado, ao dispor que o Estado Parte deve dar a sua nacionalidade a quem tiver nascido no seu território, caso a pessoa não tiver direito a outra: *elimina-se, assim, a condição de apátrida*.

O art. 21 assegura o *direito à propriedade privada*. Nesse sentido, toda pessoa tem o direito ao uso e gozo de seus bens, mas a lei pode subordiná-los ao interesse social. A Convenção assegura que ninguém poderá ser privado de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. Ademais, a usura ou qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

O art. 22, por sua vez, garante *o direito de circulação e de residência*. Assim, toda pessoa

que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais, bem como o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do seu próprio. O exercício desses direitos não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas. Ademais, restrições também podem ser feitas pela lei em zonas determinadas, por motivo de interesse público.

A Convenção determina que *ninguém pode ser expulso* do território do Estado do qual for *nacional* nem ser privado do direito de nele entrar. Ademais, determina que o estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado Parte só poderá ser expulso dele em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas, consagrando o princípio do *non-refoulement* na Convenção Americana de Direitos Humanos. Ademais, proíbe-se a expulsão coletiva de estrangeiros. A Convenção garante ainda que toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais.

No art. 23, são garantidos os *direitos políticos*. Assim, a Convenção estabelece que todos os cidadãos devem gozar dos direitos e oportunidades de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. O exercício de tais direitos e oportunidades pode ser regulado por lei *exclusivamente* por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

No art. 24, a Convenção garante o *direito à igualdade perante a lei*, de forma que todas as pessoas têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei.

O art. 25 versa sobre a *proteção judicial*. Assim, garante-se que toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela Convenção, mesmo quando a violação for cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. Para tanto, os Estados assumem o compromisso de assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; de desenvolver as possibilidades de recurso judicial e de assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha julgado procedente o recurso.

O *Capítulo III*, composto apenas pelo art. 26, versa sobre os *direitos econômicos, sociais e culturais*, mencionando o compromisso dos Estados Partes de adotar providências, tanto no

âmbito interno como mediante cooperação internacional, *para alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos* que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. Vê-se, portanto, que a Convenção, redigida em 1969, deu ênfase à implementação dos direitos civis e políticos, apenas mencionado o *vago* compromisso dos Estados com o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Posteriormente, esses direitos foram objeto do Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1988, quase vinte anos depois do Pacto de San José).

Já o *Capítulo IV* (arts. 27 a 29) cuida da suspensão, interpretação e aplicação da Convenção.

O art. 27 dispõe ser possível ao Estado Parte *suspender* as obrigações assumidas em virtude da Convenção em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado e desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações impostas pelo Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. Todo Estado que fizer uso desse direito de suspensão deve comunicar imediatamente, por meio do Secretário-Geral da OEA, aos outros Estados Partes na Convenção sobre as disposições cuja aplicação foi suspensa, os motivos determinantes da suspensão e a data em que foi finalizada.

Observe-se que essa autorização não permite a suspensão dos seguintes direitos:

- direito ao reconhecimento da personalidade jurídica;
- direito à vida;
- direito à integridade pessoal;
- proibição da escravidão e da servidão;
- princípio da legalidade e da retroatividade;
- liberdade de consciência e religião;
- proteção da família;
- direito ao nome;
- direitos da criança;
- direito à nacionalidade e direitos políticos;
- nem permite a suspensão das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

O art. 28 disciplina a chamada “cláusula federal”: quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado Federal, o governo nacional deve cumprir todas as disposições da Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial. Para as disposições relativas a matérias cuja competência é atribuída a entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e com suas leis, para que as autoridades competentes de tais entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento da Convenção. A Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretou restritivamente esse dispositivo, que não exonera o Estado Federal de cumprir a Convenção em todo o seu território.

No caso brasileiro, não poderia o Brasil alegar não ter responsabilidade sobre um ato de um Estado-membro ou município da Federação brasileira. É o Estado como um todo que possui personalidade jurídica de Direito Internacional, não podendo, como é óbvio, alegar óbice de direito interno para se eximir de sua responsabilidade (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Parecer Consultivo sobre o direito à informação sobre a assistência consular em relação às garantias do devido processo legal, Parecer Consultivo n. 16/99, de 1º-10-1999, Série A, n. 16).

O art. 29 traz as normas de interpretação. Determina que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada para permitir a qualquer dos Estados, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista. Ademais, a interpretação não pode limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; não pode excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e não pode excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. Consagra-se, nesse dispositivo, *o princípio da norma mais favorável ao indivíduo*, ou seja, entre duas normas (não importando a origem, se nacional ou internacional), cabe ao intérprete adotar a norma mais protetiva ao indivíduo (veja acima a impossibilidade de invocação desse princípio na atualidade de colisão de direitos).

O art. 30, por sua vez, dispõe sobre o alcance das restrições ao gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos da Convenção. Nesse sentido, determina-se que as restrições permitidas de acordo com a Convenção *não* podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

O art. 31, enfim, dispõe que outros direitos e liberdades reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos arts. 69 e 70 podem ser incluídos no regime de proteção da Convenção.

O *Capítulo V*, composto pelo art. 32, cuida da *correlação entre direitos e deveres*. Assim, dispõe que toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade e os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática. Fica patente aqui a adoção da dupla dimensão dos direitos humanos (dimensão subjetiva e dimensão objetiva, conforme já visto acima na Parte I desta obra).

Na *Parte II*, a Convenção Americana prevê os *meios de proteção*. O *Capítulo VI*, composto apenas pelo art. 33, prevê os órgãos competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes na Convenção: a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Observe-se que a Corte Interamericana foi criada pela Convenção, mas a Comissão Interamericana já existia, como visto acima. Dessa forma, a Convenção apenas ampliou suas atribuições.

O *Capítulo VII* (arts. 34 a 51) estabelece a organização, as funções, a competência da Comissão, determinando também como deve ser conduzido o processo em seu âmbito. Com a Convenção, a *Comissão passou a ter um papel dúplice*: órgão principal da OEA, encarregado de zelar pelos direitos humanos, e órgão da Convenção Americana. A atuação da Comissão é idêntica nos dois âmbitos. Entretanto, apenas no âmbito da Convenção há possibilidade de processar o Estado infrator perante a Corte IDH.

Observe-se que o Governo brasileiro, ao depositar a carta de adesão à Convenção Americana, fez a *declaração interpretativa* de que "os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado"[4]. Assim, caso a Comissão queira fazer visitas ao território brasileiro, deve obter a anuência prévia do nosso governo.

O *Capítulo VIII* (arts. 52 a 69), por sua vez, determina a organização, a competência, as funções e o processo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), cuja sede é em San José da Costa Rica, sendo por isso denominada "Corte de San José"[5].

O *Capítulo IX*, finalmente, apresenta as disposições comuns a ambas, que dizem respeito aos juízes e membros da Corte: gozo das mesmas imunidades reconhecidas aos agentes diplomáticos pelo Direito Internacional, privilégios diplomáticos, impossibilidade de responsabilização por votos ou opiniões no exercício da função, incompatibilidade com atividades que possam afetar independência e imparcialidade, recebimento de honorários e despesas de viagem e sanções aplicáveis.

Por fim, a *Parte III* contempla as disposições gerais e transitórias. O *Capítulo X* (arts. 74 a 78) versa sobre assinatura, ratificação, reserva, emenda e denúncia.

A denúncia consiste no ato unilateral do Estado pelo qual é manifestada sua vontade de não mais vincular-se a determinado tratado. A denúncia ao Pacto de San José é prevista no art. 78, pelo qual o Estado deve conceder o aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-Geral da Organização, o qual deve informar as outras partes. Nesse *ano de aviso prévio*, o Estado deve cumprir normalmente seus deveres de proteção de direitos humanos, estando ainda obrigado a obedecer as determinações da Corte IDH a respeito das violações cometidas por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

Já o *Capítulo XI* (arts. 79 a 82, divididos em duas seções) versa sobre as disposições transitórias que tinham por fim permitir que, com a entrada em vigor da Convenção, fossem apresentados e eleitos os membros da Comissão e os juízes da Corte.

QUADRO SINÓTICO

<table>
<tr><th colspan="2">Convenção Americana de Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”</th></tr>
<tr><td colspan="2">Aprofundou a redação dos direitos enunciados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, mas vinculando os Estados.</td></tr>
<tr><td>Principais direitos protegidos</td><td>DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS:
• Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica
• Direito à vida (o que incluiu a impossibilidade de restabelecimento da pena de morte para os países que a aboliram)
• Direito à integridade pessoal (integridade física, psíquica e moral)
• Proibição da escravidão e da servidão
• Direito à liberdade e à segurança pessoais
• Garantias judiciais (direito de ser ouvido por tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei; presunção de inocência; direito de tempo e meios necessários para a defesa; direito de ser assistido por defensor; direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo; direito de recorrer a tribunal superior, dentre outros)
• Princípio da legalidade e da retroatividade
• Direito à indenização por erro judiciário
• Proteção da honra e da dignidade
• Liberdade de consciência e de religião
• Liberdade de pensamento e de expressão
• Direito de retificação ou resposta
• Direito de reunião
• Liberdade de associação
• Proteção da família
• Direito ao nome
• Direitos da criança
• Direito à nacionalidade
• Direito à propriedade privada
• Direito de circulação e de residência
• Direitos políticos
• Igualdade perante a lei
• Proteção judicial

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: menciona-se apenas o compromisso dos Estados Partes com seu desenvolvimento progressivo. Posteriormente, foi o Protocolo de San Salvador que versou sobre esses direitos.</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td>Meios de proteção</td><td>• Comissão Interamericana de Direitos Humanos (observação: possui papel dúplice no sistema interamericano – órgão da OEA e órgão da Convenção Americana), sede em Washington (sede da OEA)
• Corte Interamericana de Direitos Humanos, sede em San José da Costa Rica, também chamada “Corte de San José”</td></tr>
</table>

4. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ("Protocolo de San Salvador")

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador, foi adotado pela Assembleia Geral da OEA, em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador, sendo voltado aos *direitos econômicos, sociais e culturais* garantidos no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

O Congresso Nacional brasileiro aprovou o ato por meio do Decreto Legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995. O Brasil aderiu ao Protocolo em 8 de agosto de 1996 e o ratificou em 21 de agosto de 1996, entrando o ato em vigor para o Brasil em 16 de novembro de 1999. Finalmente, deu-se a promulgação por meio do Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

Em seu preâmbulo, o Protocolo ressalta a estreita relação existente entre os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos, uma vez que as diferentes categorias de direito constituem um *todo indissolúvel que protege a dignidade humana*. As duas categorias de direitos exigem uma tutela e promoção permanentes, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa ser justificável a violação de uns a pretexto da realização de outros.

O Protocolo é composto por 22 artigos, não divididos expressamente em seções, mas que podem ser assim classificados: (i) obrigações dos Estados (arts. 1º a 3º), (ii) restrições permitidas e proibidas e seu alcance (arts. 4º e 5º), (iii) direitos protegidos (arts. 6º a 18), (iv) meios de proteção (art. 19), disposições finais (arts. 20 a 22).

No art. 1º, o Protocolo estabelece a obrigação de adotar medidas necessárias, de ordem interna ou por meio de cooperação entre os Estados, até o máximo dos recursos *disponíveis* e levando em conta o grau de desenvolvimento do Estado, a fim de conseguir, *progressivamente* e de acordo com a legislação interna, a *plena efetividade* dos direitos nele reconhecidos. No art. 2º, determina-se ainda a obrigação de os Estados Partes adotarem as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos esses direitos. Vê-se o linguajar *tímido*, que permite ao Estado implementar os direitos sociais previstos no Protocolo de maneira lenta e progressiva.

Por sua vez, o art. 3º fixa a obrigação de não discriminação, ou seja, os Estados se comprometem a garantir o exercício dos direitos enunciados no Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

O art. 4º ressalta que não se admite restrição ou limitação de qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que o Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau. Novamente, fica aqui consagrado o princípio da norma mais favorável ao indivíduo. Restrições ou limitações ao gozo ou ao exercício dos direitos estabelecidos no Protocolo só poderão ser estabelecidas mediante leis promulgadas que tenham por objetivo a preservação do bem-estar geral da sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e

razão dos mesmos (art. 5º).

A partir do art. 6º, o Protocolo passa a enunciar os direitos nele protegidos. O primeiro deles é o *direito de toda pessoa ao trabalho*, que inclui a "oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita" (art. 6º). Nesse sentido, os Estados se comprometem a adotar medidas que garantam a plena efetividade desse direito, especialmente quanto à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados às pessoas com deficiência. Comprometem-se ainda a executar e fortalecer programas que auxiliem o adequado atendimento da família, para que se possa dar à mulher a real possibilidade de exercer esse direito.

Os Estados devem ainda reconhecer que esse direito pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em *condições justas, equitativas e satisfatórias no trabalho* (art. 7º). Nesse sentido, os Estados devem garantir em sua legislação nacional uma remuneração que assegure, no mínimo a todos os trabalhadores, *condições de subsistência digna e um salário equitativo e igual por trabalho idêntico, sem nenhuma distinção*. Devem assegurar ainda o direito de todo trabalhador de seguir sua vocação; de dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas e de trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional.

Ainda, devem assegurar o direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, à segurança e higiene, ao repouso, ao gozo do tempo livre, a férias remuneradas, a remuneração nos feriados nacionais e a limitação razoável das horas de trabalho, que deverão ser ainda mais reduzidas quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos. Devem também garantir a estabilidade no emprego, de acordo com as características das profissões e, nos casos de demissão injustificada, o direito a indenização ou a readmissão no emprego ou outras prestações previstas pela legislação nacional.

Finalmente, devem proibir o trabalho noturno ou em atividades insalubres e perigosas para os *menores de 18 anos* e, em geral, todo trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. Se se tratar *de menores de 16 anos*, a jornada de trabalho deve subordinar-se às disposições sobre ensino obrigatório e em nenhum caso pode constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiar-se da instrução recebida.

O art. 8º versa sobre os direitos sindicais. Assim, os Estados devem garantir o direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses; de outro lado, ninguém poderá ser obrigado a pertencer a um sindicato. Devem também permitir que os sindicatos formem federações e confederações nacionais, que se associem aos já existentes, bem como que formem organizações sindicais internacionais e que se associem à de sua escolha e, ainda, que funcionem livremente. Garante-se também o *direito de greve*.

Limitações e restrições a tais direitos seguem as condições abaixo expostas:

a) devem estar previstas somente em lei;

b) devem ser apenas aquelas próprias a uma sociedade democrática e necessárias para salvaguardar: (i) a ordem pública e (ii) proteger a saúde ou a (iii) moral pública e os (iv) direitos ou liberdades dos demais;

c) ademais, os membros das forças armadas, da polícia e de outros serviços públicos essenciais estarão sujeitos às limitações e restrições impostas pela lei.

O art. 9º estabelece o *direito à previdência social*, para proteção quanto a consequências da velhice e da incapacitação que impossibilite a pessoa, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa. No caso de morte do beneficiário, estabelece-se que as prestações da previdência social beneficiarão seus dependentes. Para as pessoas em atividade, esse direito deve abranger pelo menos o atendimento médico e o subsídio ou pensão em casos de acidentes de trabalho ou de doença profissional e, quando se tratar da mulher, licença remunerada para a gestante, antes e depois do parto.

O art. 10, por sua vez, garante o *direito à saúde* a toda pessoa, entendendo-a como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. Para torná-lo efetivo, o Protocolo determina que os Estados o reconheçam como bem público, adotando medidas para garanti-lo: atendimento primário de saúde (assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade); extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; imunização total contra as principais doenças infecciosas; prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; educação sobre a prevenção e o tratamento dos problemas de saúde; e, finalmente, satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por suas condições de pobreza, sejam mais vulneráveis.

O Protocolo prevê ainda o *direito de toda pessoa a um meio ambiente sadio e de contar com os serviços públicos básicos* (art. 11). Os Estados, de outro lado, devem promover a proteção, a preservação e o melhoramento do meio ambiente.

O próximo direito garantido é o *direito à alimentação*, devendo-se garantir a toda pessoa uma nutrição adequada, que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual. Para torná-lo efetivo e eliminar a desnutrição, os Estados se comprometem, pelo Protocolo, a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos e a promover maior cooperação internacional, com vistas a apoiar as políticas nacionais sobre o tema.

O art. 13, por sua vez, garante a toda pessoa o *direito à educação*. Por meio do Protocolo, os Estados convêm em que a educação deve orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e no sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais pela justiça e pela paz, capacitando todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, para conseguir uma subsistência digna, para favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e para promover as atividades em prol da manutenção da paz.

Para alcançar o pleno exercício do direito à educação, por meio do Protocolo, os Estados reconhecem que o *ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente; que o ensino de segundo grau deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito*; e que o ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios apropriados e, especialmente, pela

implantação progressiva do ensino gratuito.

Os Estados reconhecem ainda que se deve promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau; e que devem ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para as pessoas com deficiência, com a finalidade de proporcionar instrução e a formação dessas pessoas.

O Protocolo prevê ainda que os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos, de acordo com a legislação interna dos Estados Partes e desde que esteja de acordo com aqueles princípios. Ademais, estabelece que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada como restrição da liberdade dos particulares e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação interna dos Estados.

O art. 14 cuida *dos direitos culturais*. Assim, os Estados Partes, pelo Protocolo, reconhecem o direito de toda pessoa de participar na vida cultural e artística da comunidade, de gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico e de beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora. Dentre as medidas adotadas pelo Estado para assegurar esse direito, devem figurar as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, da cultura e da arte. O Protocolo ainda enuncia que os Estados se comprometem a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e atividade criadora. Ademais, prevê que os Estados reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais, comprometendo-se, assim, a propiciar maior cooperação internacional nesse campo.

O art. 15, por sua vez, versa sobre o *direito à constituição e proteção da família*. Enuncia-se, assim, que a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, que deverá velar pelo melhoramento de sua situação moral e material. Garante-se, nesse sentido, o direito de toda pessoa de constituir família, o qual deve ser exercido de acordo com as disposições da legislação interna. Finalmente, o Protocolo determina que os Estados Partes se comprometam a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar, especialmente dispensando atenção e assistência especiais à mãe, por um período razoável, antes e depois do parto; garantindo às crianças alimentação adequada, tanto no período de lactação quanto na idade escolar; adotando medidas especiais de proteção dos adolescentes, a fim de assegurar o pleno amadurecimento de suas capacidades físicas, intelectuais e morais; e, finalmente, executando programas especiais de formação familiar, a fim de contribuir para a criação de um ambiente estável e positivo em que as crianças percebam e desenvolvam os valores de compreensão, solidariedade, respeito e responsabilidade.

A partir do art. 16, o Protocolo passa a apresentar os direitos garantidos em seu âmbito a grupos vulneráveis. O art. 16 cuida do *direito das crianças*. Nesse sentido, prevê que toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado e tem direito de crescer ao amparo e sob a responsabilidade de seus pais, salvo em circunstâncias excepcionais reconhecidas

judicialmente. A criança de tenra idade não deve ser separada de sua mãe. Ademais, prevê-se que toda criança tem direito à educação gratuita e obrigatória, pelo menos no nível básico, e a continuar sua formação em níveis mais elevados do sistema educacional.

No art. 17, o Protocolo versa sobre a proteção das pessoas idosas, garantindo o direito de que toda pessoa tenha proteção especial na velhice. Assim, a obrigação de realizar progressivamente uma série de medidas é atribuída ao Estado Parte, que deve: proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada, a idosos que careçam dela e não estejam em condições de provê-las por meios próprios; executar programas de trabalho destinados a dar a pessoas idosas a possibilidade de realizar atividade produtiva adequada às suas capacidades e respeitando sua vocação ou desejos; e, por fim, promover a formação de organizações sociais destinadas a melhorar a qualidade da vida das pessoas idosas.

Finalmente, o art. 18 versa sobre a proteção das pessoas com deficiência. Nesse sentido, garante-se que toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, com a finalidade de permitir que alcance máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados, assim, comprometem-se a adotar medidas para: proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais; proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, para que possam ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes; incluir em seus planos de desenvolvimento urbano, de maneira prioritária, a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades das pessoas com deficiência; e, por fim, promover a formação de organizações sociais nas quais as pessoas com deficiência possam desenvolver uma vida plena.

No art. 19, o Protocolo cuida dos *meios de proteção* (relatórios periódicos e, em certos casos, possibilidade de petição das vítimas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos). Assim, os Estados se comprometem a apresentar ao Secretário-Geral da OEA relatórios periódicos sobre as medidas progressivas que tiverem adotado a fim de assegurar o respeito dos direitos consagrados no Protocolo. O Secretário-Geral deve transmiti-los ao Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral, para que possa examiná-los, e deve enviar cópia desses relatórios à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e aos organismos especializados do Sistema Interamericano, dos quais sejam membros os Estados Partes no Protocolo, à medida que tenham relação com matérias que sejam da competência de tais organismos, de acordo com seus instrumentos constitutivos.

Os relatórios anuais que o Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral apresenta à Assembleia Geral devem conter um resumo da informação recebida dos Estados Partes e dos organismos especializados sobre as medidas progressivas adotadas a fim de assegurar o respeito dos direitos reconhecidos no Protocolo e as recomendações de caráter geral que considerarem pertinentes.

Se os *direitos sindicais* (excetuado o direito de greve) e o direito à educação forem violados por ação imputável a Estado Parte do Protocolo, é possível a utilização do sistema

de petições individuais (regulado pelos arts. 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, caso entender cabível, pode acionar a Corte Interamericana de Direitos Humanos, processando o Estado faltoso (ver o mecanismo de acionamento da Corte IDH abaixo).

Sem prejuízo disso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode formular observações e recomendações que considerar pertinentes sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais nos Estados Partes, podendo incluí-las no Relatório Anual à Assembleia Geral ou num relatório especial, conforme considerar mais apropriado.

O Protocolo estabelece ainda que o Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos devem levar em conta natureza progressiva da vigência dos direitos protegidos no Protocolo.

Finalmente, o art. 20 estabelece a possibilidade de formulação de reservas e o art. 21 versa sobre assinatura, ratificação, adesão e entrada em vigor. O art. 22 cuida da possibilidade de apresentação de propostas de emendas para incorporação de outros direitos e ampliação dos reconhecidos.

QUADRO SINÓTICO

Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Protocolo de San Salvador”)	
Aprofunda os direitos econômicos, sociais e culturais protegidos no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.	
Principais direitos protegidos	• Direito ao trabalho • Direito de gozar do direito ao trabalho em condições justas, equitativas e satisfatórias (incluindo direito à promoção ou avanço no trabalho, direito à segurança e higiene, direito a repouso, direito a férias remuneradas, direito a limitação de horas de trabalho, dentre outros) • Direitos sindicais (direito de filiar-se ou não, direito de greve, dentre outros) • Direito à previdência social • Direito à saúde • Direito de toda pessoa a um meio ambiente sadio e de contar com os serviços públicos básicos • Direito à alimentação • Direito à educação • Direito aos benefícios da cultura • Direito à constituição e proteção da família • *Direitos das crianças* • *Direitos das pessoas idosas* • *Direitos das pessoas com deficiência*
Mecanismos de monitoramento	• Relatórios periódicos • Petições individuais para o caso de violação aos direitos sindicais e o direito à educação

5. Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte foi adotado em Assunção, em 8 de junho de 1990, durante a XX Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, na esteira da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que já restringira a aplicação da pena de morte. Entrou em vigor internacional em 28 de agosto de 1991.

Foi assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994. O Congresso Nacional o aprovou por meio do Decreto Legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995, e o instrumento de ratificação foi depositado em 13 de agosto de 1996. Após-se reserva, entretanto, para assegurar ao Estado brasileiro *o direito de aplicar a pena de morte em tempo de guerra*, de acordo com o Direito Internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar. Finalmente, o Protocolo foi promulgado por meio do Decreto n. 2.754, de 27 de agosto de 1998.

O Protocolo é composto, além do seu preâmbulo, por apenas quatro artigos. No primeiro

deles, fica estabelecido que os Estados Partes não podem aplicar em seu território a pena de morte a nenhuma pessoa submetida a sua jurisdição.

No art. 2º, determina-se que não se admitirá reserva alguma ao Protocolo. Entretanto, os Estados podem declarar, no momento de ratificação ou adesão, que se reservam o direito de aplicar a pena de morte em tempo de guerra, de acordo com o Direito Internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar, o que foi feito pelo Brasil. Quando o Estado formular essa reserva, deve comunicar ao Secretário-geral da OEA, no momento da ratificação ou adesão, as disposições pertinentes de sua legislação nacional aplicáveis em tempo de guerra que se referem à reserva. Ademais, o Estado que a tiver feito deve notificar o Secretário-Geral da OEA sobre todo início ou fim de um estado de guerra aplicável ao seu território.

Finalmente, os arts. 3º e 4º dizem respeito às disposições finais: abertura à assinatura e ratificação ou adesão de todo Estado Parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e depósito do instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria-Geral da OEA; e entrada em vigor.

QUADRO SINÓTICO

Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte
• Estados Partes não podem aplicar em seu território a pena de morte a nenhuma pessoa submetida a sua jurisdição. • Não se admite reserva, salvo para o direito de aplicar a pena de morte em tempo de guerra, de acordo com o Direito Internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar. • O Brasil fez a reserva.

6. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura foi adotada pela Assembleia Geral da OEA em Cartagena das Índias, na Colômbia, em 9 de dezembro de 1985. Foi assinada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1986; foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 5, de 31 de maio de 1989, e foi ratificada em 20 de julho de 1989. Finalmente, foi promulgada pelo Decreto n. 98.386, de 9 de dezembro de 1989.

A Convenção é composta por 24 artigos, não divididos expressamente em seções específicas. No art. 1º, determina que os Estados Partes, por meio dela, obrigam-se a prevenir e punir a tortura, nos termos da Convenção.

O art. 2º estabelece a definição de *tortura*:

• todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais;

• com fins de investigação criminal;

• ou como meio de intimidação;

• ou como castigo pessoal, ou como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim.

Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Exclui-se expressamente do conceito de tortura, entretanto, as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam *unicamente* consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou aplicação dos métodos mencionados na definição de tortura.

O art. 3º, por sua vez, determina quais são os responsáveis pelo delito de tortura. São considerados responsáveis os empregados ou funcionários públicos que, nessa condição, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no *diretamente* ou, *podendo impedi-lo*, *não* o façam. São também consideradas responsáveis as pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos anteriormente mencionados, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, ou nela sejam cúmplices.

A Convenção é clara ao determinar que o fato de se ter agido por ordens superiores *não* exime da responsabilidade penal correspondente (art. 4º). Ademais, *não* se admite como justificativa para a prática de tortura a existência de circunstâncias como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas. Também *não* se admite como justificativa a periculosidade do detido ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário (art. 5º).

Os arts. 6º e 7º versam sobre medidas a serem tomadas pelos Estados Partes da Convenção, para *prevenir e punir a tortura* no âmbito de sua jurisdição. Nesse sentido, devem assegurar que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados *delitos penais*, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade, *constituindo mais um mandado internacional de criminalização*. Obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir *outros* tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição. Ademais, devem tomar medidas para que, no treinamento de polícia e de outros funcionários públicos responsáveis pela custódia de pessoas privadas de liberdade, provisória ou definitivamente, e nos interrogatórios, detenções ou prisões, ressalte-se de maneira especial a proibição do emprego da tortura, bem como de evitar outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Nos arts. 8º e 9º, a Convenção determina a adoção de medidas com foco na pessoa *vítima* de tortura. Nesse sentido, os Estados devem assegurar que qualquer pessoa que denunciar ter sido submetida a tortura terá o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial. Se houver denúncia ou razão fundada para supor que ato de tortura tenha sido cometido no âmbito de sua jurisdição, o Estado deve garantir que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso, iniciando, se for cabível, o respectivo processo penal. Esgotado o procedimento jurídico interno do Estado, inclusive em âmbito recursal, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado. Os Estados se comprometem ainda a estabelecer, em suas

legislações nacionais, normas que garantam compensação adequada para as vítimas do delito de tortura.

O art. 10 determina que *nenhuma declaração* que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como *prova* em um processo, salvo em processo instaurado contra a pessoa ou pessoas acusadas de haver obtido prova mediante atos de tortura – mas unicamente como prova de que, por esse meio, o acusado obteve tal declaração.

De acordo com o art. 12, todo Estado Parte deve adotar medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o delito de tortura:

i) quando houver sido cometida no âmbito de seu território;

ii) ou quando o suspeito for nacional do Estado Parte de que se trate;

iii) ou quando a vítima for nacional do Estado Parte de que se trate e este o considerar apropriado;

iv) ou quando o suspeito se encontrar no âmbito de sua jurisdição e o Estado não o extraditar (*aut dedere aut judicare* – ou entrega ou julga).

Os arts. 11, 13 e 14 versam sobre a extradição. Os Estados Partes da Convenção devem tomar as medidas necessárias para conceder a extradição de toda pessoa acusada de delito de tortura ou condenada por esse delito, em conformidade com suas legislações nacionais sobre extradição e suas obrigações internacionais na matéria.

Ademais, os delitos de tortura devem ser considerados incluídos entre os delitos que são motivo de extradição em todo tratado de extradição celebrado entre Estados Partes e os Estados se comprometem a incluir o delito de tortura como caso de extradição em todo tratado de extradição que celebrarem entre si no futuro. Caso receba de outro Estado Parte, com o qual não tiver tratado, uma solicitação de extradição, todo Estado que sujeitar a extradição à existência de um tratado poderá considerar a Convenção como a base jurídica necessária para a extradição referente ao delito de tortura. Os Estados Partes que não sujeitarem a extradição à existência de um tratado devem reconhecer esses delitos como casos de extradição entre eles, respeitando as condições exigidas pelo direito do Estado requerido.

A Convenção determina ainda que *não* se concederá a extradição nem se procederá à devolução da pessoa requerida quando houver suspeita fundada de que sua vida corre perigo, de que será submetida à *tortura*, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou de que será julgada por tribunais de exceção ou *ad hoc* no Estado requerente. Isso consagra o *princípio do non-refoulement*, ou proibição do rechaço, em caso de tortura.

No art. 15, a Convenção determina que nada do que nela disposto pode ser interpretado como limitação do direito de asilo, quando for cabível, nem como modificação das obrigações dos Estados Partes em matéria de extradição.

O art. 16 explicita que a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura deixa a salvo o disposto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por outras Convenções sobre a matéria e pelo Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com relação ao delito de tortura.

Por meio da Convenção, os Estados Partes se comprometem a informar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas e de outra natureza que adotarem em sua aplicação. A Comissão Interamericana procurará

analisar, em seu relatório anual, a situação prevalecente nos Estados-membros da OEA, no que diz respeito à prevenção e supressão da tortura, em conformidade com suas atribuições (art. 17).

A partir do art. 18 a Convenção traz suas disposições finais: assinatura (art. 18), ratificação (art. 19), adesão (art. 20), reservas (art. 21), entrada em vigor (art. 22), denúncia, apesar da vigência indefinida da Convenção (art. 23), notificações (art. 24).

QUADRO SINÓTICO

Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura
• *Definição de tortura:* Todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Exclui-se expressamente do conceito de tortura, entretanto, as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou aplicação dos métodos mencionados na definição de tortura. • Direitos das pessoas vítimas de tortura: direito de ser examinada de maneira imparcial; direito à compensação adequada. • Convenção contém mandado de criminalização da tortura. • Estados Partes se comprometem a informar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas e de outra natureza que adotarem em sua aplicação. A Comissão procurará analisar, em seu relatório anual, a situação prevalecente nos Estados-membros da OEA, no que diz respeito à prevenção e supressão da tortura, em conformidade com suas atribuições. • No caso de o Estado não poder extraditar por algum motivo o torturador, deve julgá-lo (*aut dedere, aut judicare*).

7. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher ("Convenção de Belém do Pará")

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) foi concluída pela Assembleia Geral da OEA, em Belém do Pará, no Brasil, em 9 de junho de 1994, como resposta à situação de violência contra mulheres existente na América.

O Brasil a assinou na mesma data e o Congresso Nacional a aprovou por meio do Decreto Legislativo n. 107, de 31 de agosto de 1995. O governo brasileiro depositou a carta de ratificação em 27 de novembro de 1995, data em que a Convenção começou a vigorar para o Brasil. Finalmente, a promulgação deu-se com o Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.

A Convenção é composta por 25 artigos, divididos em cinco capítulos: definição e âmbito

de aplicação (arts. 1º e 2º); direitos protegidos (arts. 3º a 6º); deveres dos Estados (arts. 7º a 9º); mecanismos interamericanos de proteção (arts. 10 a 12); disposições gerais (arts. 13 a 25).

No art. 1º, a *violência contra a mulher* é definida como "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado".

O art. 2º, por sua vez, determina que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual ou psicológica, quer tenha ocorrido no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual, quer no âmbito da comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa. Nesse caso, compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus-tratos, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar. A violência contra a mulher abrange ainda aquela perpetrada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

No Capítulo II, a Convenção enumera os direitos das mulheres a serem protegidos. O primeiro deles, estabelecido no art. 3º, é o *direito de toda mulher ser livre de violência, tanto na esfera pública quanto privada*. O direito a uma vida livre de violência inclui, entre outros, o direito da mulher de ser livre de toda forma de discriminação, e o direito de ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade ou subordinação (art. 6º).

A Convenção ainda enuncia que toda mulher tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os direitos humanos e às liberdades consagradas pelos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos, os quais compreendem: o direito a que se respeite sua vida e sua integridade física, psíquica e moral; o direito à liberdade e à segurança pessoais; o direito a não ser submetida a torturas; o direito a que se respeite a dignidade inerente a sua pessoa e que se proteja sua família; o direito à igualdade de proteção perante a lei e da lei; o direito a um recurso simples e rápido diante dos tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos; o direito à liberdade de associação; o direito à liberdade de professar a religião e as próprias crenças, de acordo com a lei; e o direito de ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, incluindo a tomada de decisões (art. 4º).

O art. 5º da Convenção ainda reafirma que toda mulher pode exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e deve contar com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos, devendo os Estados reconhecer que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.

No Capítulo III (arts. 7º a 9º), a Convenção apresenta os *deveres dos Estados*. Em primeiro lugar, esclarece-se que os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a preveni-la, puni-la e erradicá-la.

Nesse sentido, devem abster-se de prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas cumpram essa obrigação e devem atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher. Ademais, devem incluir em sua *legislação interna normas penais, civis e administrativas* que sejam necessárias para tais fins, adotando as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso. Devem também adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade. Ainda, devem tomar medidas apropriadas para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes, ou para modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência ou a tolerância da violência contra a mulher. Têm ainda a obrigação de estabelecer *procedimentos jurídicos justos e eficazes*, que incluam, entre outros, medidas de proteção, para que a mulher vítima de violência doméstica tenha um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos, bem como a obrigação de estabelecer os mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar o acesso efetivo a ressarcimento, reparação do dano ou outros meios de compensação justos e eficazes (art. 7º).

Esses inúmeros deveres do Estado foram fundamentais para que o Brasil, finalmente, editasse uma lei específica de combate à violência doméstica, a Lei n. 11.340/2006, também denominada “Lei Maria da Penha”. Tal lei criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

De forma progressiva, os Estados devem ainda adotar medidas específicas (art. 8º), inclusive programas para fomentar o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos. Devem adotar programas também para modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres para eliminar preconceitos e costumes e práticas que se baseiem na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher que legitimam ou exacerbam a violência contra a mulher.

Os programas também devem se destinar a fomentar a educação e capacitação do pessoal na administração da justiça, policial e demais funcionários encarregados da aplicação da lei, assim como do pessoal encarregado das políticas de prevenção, sanção e eliminação da violência contra a mulher; a aplicar os serviços especializados apropriados para o atendimento necessário à mulher objeto de violência, por meio de entidades dos setores público e privado (inclusive abrigos e cuidado e custódia dos menores afetados); e a oferecer à mulher vítima de violência acesso a programas eficazes de reabilitação e capacitação que lhe permitam participar plenamente na vida pública, privada e social.

Ademais, devem voltar-se a fomentar e apoiar programas de educação governamentais e do setor privado destinados a conscientizar o público sobre os problemas relacionados com a violência contra a mulher, os recursos jurídicos e a reparação correspondente e a estimular os meios de comunicação a elaborar diretrizes adequadas de difusão que contribuam para a

erradicação da violência contra a mulher. Finalmente, devem voltar-se à investigação de estatísticas e outras informações sobre as causas, consequências e frequência da violência contra a mulher, com o objetivo de avaliar a eficácia das medidas para prevenir, punir e eliminar a violência contra a mulher e de formular e aplicar as mudanças que sejam necessárias, bem como à promoção da cooperação internacional para o intercâmbio de ideias e experiências e a execução de programas destinados a proteger a mulher vítima de violência.

Para adoção das referidas medidas, os Estados devem ter em conta a situação de vulnerabilidade à violência que a mulher possa sofrer em consequência, entre outras, de sua raça ou de sua condição étnica, de migrante, refugiada ou desterrada. Devem ter em conta também a situação da mulher vítima de violência que estiver grávida, for pessoa com deficiência, menor de idade, anciã, ou estiver em situação socioeconômica desfavorável ou afetada por situações de conflitos armados ou de privação de sua liberdade (art. 9º).

No Capítulo IV, a Convenção versa sobre os *mecanismos interamericanos de proteção*. No art. 10, com o fim de proteger o direito da mulher a uma vida livre de violência, os Estados devem incluir, nos informes nacionais à Comissão Interamericana de Mulheres, informações sobre as medidas adotadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher, para assistir a mulher afetada pela violência, assim como sobre as dificuldades que observem na aplicação dessas e dos fatores que contribuam à violência contra a mulher.

O art. 11 permite que os Estados Partes da Convenção e a Comissão Interamericana de Mulheres requeiram *opinião consultiva sobre a interpretação da Convenção* à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No art. 12, permite-se ainda que qualquer pessoa, grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, apresente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas de violação de deveres previstos na Convenção para o Estado Parte. A Comissão deve considerá-las de acordo com as normas e os requisitos de procedimento para a apresentação e consideração de petições determinados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, podendo, se cabível, processar o Estado infrator perante a *Corte IDH* (caso o Estado tenha reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte, como é o caso do Brasil desde 1998).

Finalmente, no Capítulo V, a Convenção apresenta as disposições gerais (arts. 13 a 25). Os arts. 13 e 14 determinam que as disposições da Convenção não poderão ser interpretadas como restrição ou limitação à legislação interna dos Estados Partes que preveja iguais ou maiores proteções e garantias aos direitos da mulher e salvaguardas adequadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher, nem à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou a outras convenções internacionais sobre a matéria que prevejam iguais ou maiores proteções relacionadas com este tema. Novamente, o princípio da norma mais favorável ao ser humano é adotado em um tratado internacional.

O art. 23 determina que o Secretário-Geral apresente um informe anual aos Estados-membros da OEA sobre a situação da Convenção, inclusive quanto a assinaturas, depósitos de instrumentos de ratificação, adesão ou declarações e reservas.

O art. 24, finalmente, permite que os Estados denunciem a Convenção mediante depósito de instrumento na Secretaria-Geral da OEA, mas ressalva que a Convenção vigorará indefinidamente.

Outros artigos do Capítulo versam sobre assinatura (art. 15), ratificação (art. 16), adesão (art. 17), reservas (art. 18), proposta de emenda (art. 19), entrada em vigor (art. 21), dentre outros aspectos.

QUADRO SINÓTICO

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ("Convenção de Belém do Pará")	
Definição de violência contra a mulher	Qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado. A violência contra a mulher abrange a violência física, sexual ou psicológica, quer tenha ocorrido no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual; quer no âmbito da comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa.
Direitos protegidos	• Direito de toda mulher ser livre de violência, tanto na esfera pública quanto privada, o que inclui o direito de ser livre de toda forma de discriminação e o direito de ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade ou subordinação. • Direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os direitos humanos e às liberdades consagradas pelos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos, os quais compreendem: o direito a que se respeite sua vida e sua integridade física, psíquica e moral; o direito à liberdade e à segurança pessoais; o direito a não ser submetida a torturas; o direito a que se respeite a dignidade inerente a sua pessoa e que se proteja sua família; o direito à igualdade de proteção perante a lei e da lei; o direito a um recurso simples e rápido diante dos tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos; o direito à liberdade de associação; o direito à liberdade de professar a religião e as próprias crenças, de acordo com a lei; e o direito de ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, incluindo a tomada de decisões.

Mecanismos de proteção	• Informes à Comissão Interamericana de Mulheres. • Pedido de opinião consultiva sobre a interpretação da Convenção à Corte Interamericana de Direitos Humanos. • Petição de qualquer pessoa, grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. • Caso cabível, a Comissão pode processar o Estado infrator perante a Corte IDH.

8. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência

A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência foi adotada pela Assembleia Geral da OEA em 7 de junho de 1999, na Cidade da Guatemala, Guatemala. O Brasil a assinou um dia depois, em 8 de junho de 1999. O Congresso Nacional a aprovou por meio do Decreto Legislativo n. 198, de 13 de junho de 2001, e a ratificação se deu em 15 de agosto de 2001. A Convenção entrou em vigor em 14 de setembro de 2001 e, finalmente, foi promulgada, por meio do Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001.

É composta por 14 artigos, não divididos em seções ou capítulos específicos. Em seu preâmbulo, a Convenção já reafirma que as pessoas com deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas, os quais emanam da dignidade e igualdade inerentes a todo ser humano. Possuem, assim, o *direito de não serem submetidas à discriminação com base na deficiência*.

O artigo I apresenta as definições dos termos utilizados na Convenção.

Deficiência é definida como:

• uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória;

• que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Apesar de a Convenção Interamericana utilizar a expressão “portador de deficiência”, anote-se que, após anos de discussão, a expressão utilizada atualmente é pessoa com deficiência, como se vê na Convenção da ONU de 2006 (comentada acima).

A *discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência*, nos termos da Convenção, é apresentada como:

• toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, conseqüência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada;

• que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades

fundamentais.

O mesmo dispositivo abre margem para a adoção de *ações afirmativas* em benefício das pessoas com deficiência ao explicitar que não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dessas pessoas, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o seu direito à igualdade e que as pessoas com deficiência não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Ademais, também não constituirá discriminação a previsão, pela legislação interna, de declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o bem-estar da pessoa com deficiência.

O artigo II deixa claro que o *objetivo* da Convenção é prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência e propiciar sua plena integração à sociedade.

Os artigos III e IV listam os compromissos assumidos pelos Estados Partes para que alcancem esse objetivo. Assim, determina, inicialmente, que os Estados devem tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas com deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade.

Nesse sentido, algumas medidas devem ser tomadas, em especial: medidas das autoridades governamentais e de entidades privadas para *eliminar progressivamente* a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração; medidas de acessibilidade, para que os edifícios, os veículos e as instalações que venham a ser construídos ou fabricados facilitem o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas com deficiência, bem como medidas para eliminar, na medida do possível, os obstáculos nesses meios; e, finalmente, medidas para *assegurar* que as pessoas encarregadas de aplicar a Convenção e a legislação interna sobre a matéria estejam capacitadas a fazê-lo.

O Estado deve ainda trabalhar prioritariamente nas áreas de *prevenção* de todas as formas de deficiência possíveis; de detecção e intervenção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida para as pessoas com deficiência; e de sensibilização da população, por meio de campanhas de educação, destinadas a eliminar preconceitos, estereótipos e outras atitudes que atentam contra o direito das pessoas a serem iguais.

Os Estados se comprometem ainda a cooperar entre si para contribuir para a prevenção e eliminação da discriminação contra as pessoas com deficiência e colaborar de forma efetiva na pesquisa científica e tecnológica relacionada com a prevenção das deficiências, o tratamento, a reabilitação e a integração na sociedade e o desenvolvimento de meios destinados a facilitar ou promover a vida independente, a autossuficiência e a integração total à sociedade, em condições de igualdade, das pessoas com deficiência.

A Convenção determina ainda, em seu artigo V, que os Estados devem promover, se isso for coerente com as suas legislações nacionais, a participação de representantes de

organizações de pessoas com deficiência, de organizações não governamentais que trabalham nessa área ou, se estas não existirem, de pessoas com deficiência, na elaboração, execução e avaliação de medidas e políticas para aplicá-la. Ademais, devem criar canais de comunicação eficazes que permitam difundir entre as organizações públicas e privadas que trabalham com pessoas com deficiência os avanços normativos e jurídicos ocorridos para a eliminação da discriminação.

O artigo VI estabelece a criação da *Comissão para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência*, que é constituída por um representante designado por cada Estado Parte. Os Estados se comprometeram a, na primeira reunião da Comissão, apresentar um relatório ao Secretário-Geral da OEA. Essa reunião ocorreu entre 28 de fevereiro e 1º de março de 2008, no Panamá, quando foi aprovado o Regulamento da Comissão. Após essa primeira reunião, os Estados Partes da Convenção se comprometeram a apresentar relatórios a cada quatro anos, que devem incluir as medidas que os Estados-membros tiverem adotado na aplicação da Convenção, qualquer progresso alcançado na eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, bem como toda circunstância ou dificuldade que afete o grau de cumprimento de obrigação decorrente da Convenção.

Com efeito, a Convenção explicita que a Comissão será o foro encarregado de examinar o progresso registrado na sua aplicação e de trocar experiências entre os Estados Partes. Os relatórios que a Comissão vai produzir devem refletir os debates, incluindo informações sobre as medidas que os Estados Partes tenham adotado para aplicar a Convenção, o progresso alcançado na eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, as circunstâncias ou dificuldades que tenham tido na implementação da Convenção, bem como as conclusões, observações e sugestões gerais da Comissão para o seu cumprimento progressivo.

A partir do artigo VII, a Convenção traz as disposições finais. Inicia mencionando que nenhuma disposição poderá ser interpretada para restringir ou permitir que os Estados limitem o gozo dos direitos das pessoas com deficiência reconhecidos pelo Direito Internacional consuetudinário ou pelos instrumentos internacionais vinculantes para um determinado Estado Parte. Em seguida, dispõe sobre assinatura, ratificação e entrada em vigor (artigo VIII), adesão (artigo IX), depósito dos instrumentos de ratificação e adesão (artigo X), propostas de emenda (artigo XI), reservas (artigo XII), denúncia, a despeito da vigência indefinida (artigo XIII), idiomas das cópias do instrumento original da Convenção e notificações (artigo XIV).

QUADRO SINÓTICO

Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência	
Objetivo	Prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência e propiciar sua plena integração à sociedade.
Definição de deficiência	Restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.
Definição de discriminação contra pessoas com deficiência	Toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais. Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dessas pessoas, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o seu direito à igualdade e que as pessoas com deficiência não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Ademais, também não constituirá discriminação a previsão, pela legislação interna, de declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o bem-estar da pessoa com deficiência.
Mecanismos de monitoramento	• Relatórios periódicos ao Secretário-Geral da OEA. • Comissão para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência é encarregada de examinar o progresso registrado na aplicação da Convenção e de trocar experiências entre os Estados, produzindo relatórios.

1 CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

2 Ver RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3-12-2008, Plenário, *DJE* de 5-6-2009; RE 349.703, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 3-12-2008, Plenário, *DJE* de 5-6-2009; HC 92.566, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-12-2008, Plenário, *DJE* de 5-6-2009. Tais *leading cases* e outros precedentes deram origem ao enunciado de Súmula Vinculante n. 25 do STF: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

3 O *Autor* deste livro, à época Procurador Regional dos Direitos do Cidadão do Estado de São Paulo (Ministério Público Federal) *foi quem* propôs a ação civil pública contra a exigência do diploma de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista.

4 O art. 43 dispõe que: "Art. 43. Os Estados-partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta

Convenção". Já alínea *d* do art. 48 dispõe que: "Art. 48. 1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: (...) d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão, todas as facilidades necessárias".

5 Para competência, composição e funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conferir Capítulo IV da Parte II.

IV.

MECANISMOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO E MONITORAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS: COMPETÊNCIA, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO[1]

1. Aspectos gerais do sistema global (ONU)

A Organização das Nações Unidas possui órgãos próprios e ainda relações de apoio administrativo e técnico com órgãos criados por diversos tratados elaborados sob seu patrocínio voltados à proteção de direitos humanos. O conjunto de mecanismos de proteção geridos tanto por *órgãos onusianos* quanto por *órgãos previstos em tratados diversos apoiados pela ONU* recebe o nome de "*sistema global, onusiano ou universal de direitos humanos*".

O ponto de união entre esses órgãos é a atuação da ONU, quer (i) diretamente (são órgãos da própria organização) quer (ii) indiretamente (são órgãos independentes, previstos em tratados elaborados sob o patrocínio da ONU e recebem apoio técnico e administrativo daquela organização).

São órgãos da ONU voltados à proteção dos direitos humanos:

• Conselho de Direitos Humanos.
• Relatores Especiais de Direitos Humanos.
• Alto Comissariado de Direitos Humanos.

São órgãos e entes externos, criados por tratados diversos elaborados com incentivo explícito da ONU *e* que recebem apoio da ONU:

• Comitês criados por tratados internacionais de âmbito universal.
• Tribunal Penal Internacional.

QUADRO SINÓTICO

Sistema Onusiano	
Criação	Conjunto de órgãos da ONU e ainda de tratados elaborados sob os auspícios da ONU.
Composição	Conselho de Direitos Humanos, Altos Comissários, Relatores especiais, Comitês criados pelos tratados internacionais e Tribunal Penal Internacional.
Competência	Zelar pelo cumprimento da Carta da ONU e, a depender do tratado, do seu teor.

2. Conselho de Direitos Humanos

Em 10 de dezembro de 1946, o Conselho Econômico e Social da ONU decidiu criar um órgão específico para a promoção de direitos humanos, denominado "Comissão de Direitos Humanos", que entrou em funcionamento em 1947, sendo extinta em 2006 e substituída pelo Conselho de Direitos Humanos.

O Conselho de Direitos Humanos é composto por 47 Estados-membros e vinculado à Assembleia Geral da ONU (e não mais ao Conselho Econômico e Social). Seu surgimento, em 2006, se deu por ampla maioria, por meio da Resolução n. 60/251 da Assembleia Geral da ONU, adotada por 170 votos favoráveis, quatro contra (Estados Unidos, Israel, Ilhas Marshall, Palau) e três abstenções (Irã, Belarus e Venezuela).

A admissão dos novos membros do Conselho de Direitos Humanos é regrada pela Resolução n. 60/251, que em seus parágrafos 7, 8 e 9, determina que o Conselho deve contar com *47 membros, eleitos de modo direto e individualmente por voto secreto da Assembleia Geral,* devendo ter representantes de várias regiões do globo (Grupo dos Estados africanos – 13; grupo dos Estados asiáticos – 13; Grupo da Europa do Leste – 6; Grupo da América Latina e Caribe – 8; Grupo da Europa Ocidental e outros Estados – 7).

A Resolução exige que sejam escolhidos membros comprometidos com a proteção de direitos humanos, ao mesmo tempo em que determinou que os Estados eleitos sejam submetidos ao mecanismo da revisão universal periódica (ver abaixo). Também foi fixada possível sanção aos eleitos, por meio da suspensão do mandato de membro pela *prática de grave e sistemática violação* de direitos humanos, por votação da Assembleia Geral com maioria de dois terços. Essa suspensão foi posta em prática pela primeira vez em março de 2011 com a *suspensão* da Líbia por votação unânime da Assembleia Geral, em virtude da repressão sangrenta aos opositores da ditadura de Kadafi.

Após a criação do Conselho, adotou-se o "Mecanismo de Revisão Periódica Universal", que *coexiste* com os procedimentos especiais (ver abaixo) criados ainda na época da extinta Comissão de Direitos Humanos.

QUADRO SINÓTICO

Conselho de Direitos Humanos da ONU	
Criação	2006, sucedendo a Comissão de Direitos Humanos (1946-2006).
Composição	47 Estados-membros, escolhidos por votação secreta da Assembleia Geral da ONU.
Competência	• Promover e fiscalizar a observância da proteção de direitos humanos pelos Estados da ONU. • Atualmente, gere o sistema dos procedimentos especiais e o Mecanismo da Revisão Periódica Universal (RPU).

2.1. RELATORES ESPECIAIS

A extinta Comissão de Direitos Humanos da ONU desenvolveu, a partir do final da década de 60, *procedimentos especiais de análise da situação de direitos humanos no mundo*, com base nos dispositivos genéricos da Carta de São Francisco que estabelecem o dever dos Estados de promover direitos humanos. Em síntese, não houve acordos específicos, pelo contrário, buscava-se extrair a proteção aos direitos humanos da interpretação ampla dos objetivos de proteção aos direitos humanos da ONU e do dever de cooperação dos Estados para alcançar tais objetivos[2].

Mesmo após a extinção da Comissão e sua substituição pelo Conselho de Direitos Humanos, os procedimentos foram mantidos. Existem o procedimento público (baseado na Resolução n. 1.235, de 1967, do Conselho Econômico e Social) e o procedimento confidencial (Resolução n. 1.503, de 1970, do mesmo Conselho), cujo alcance é diminuto, pois visa apenas detectar quadro de violação grave e sistemática de direitos humanos em um país. Em síntese, esses procedimentos – denominados especiais – exigem a nomeação de um órgão de averiguação de violações de direitos humanos, cuja abrangência pode ser geográfica (por país) ou temática.

Esses órgãos de averiguação podem ser unipessoais ou coletivos. A denominação varia: nos casos unipessoais, há o uso da expressão "Relator Especial" e ainda "Especialista Independente"; no caso dos órgãos colegiados, utiliza-se a expressão "Grupo de Trabalho".

Esses relatores e especialistas são escolhidos pelo Conselho de Direitos Humanos a título pessoal, não representando o Estado de nacionalidade e assumem o encargo sob juramento de independência e autonomia diante dos Estados. Há um *processo público de seleção*, no qual as qualificações da função são esclarecidas (conhecimento de idioma oficial da ONU, expertise na área da proteção de direitos humanos, entre outros). Eles não serão funcionários da ONU e só recebem ajuda de custo, porém, durante o exercício de suas funções são protegidos pela Convenção sobre as Prerrogativas e Imunidades das Nações Unidas (especialmente o art. 22, VI).

Seu trabalho consiste em realizar visitas aos países, em missões de coleta de dados (*fact-finding missions*), bem como em agir diante de violações de direitos humanos solicitando (não podem exigir) atenção do Estado infrator sobre os casos. Seus relatórios não vinculam, apenas contêm recomendações, que são enviadas aos Estados e também ao Conselho de Direitos Humanos e Assembleia Geral da ONU. O Brasil é *um dos poucos países do mundo* que já comunicou ao Conselho de Direitos Humanos que *aceita* toda e qualquer visita dos Relatores e Grupos de Trabalho, sem que estes precisem pedir anuência prévia a cada missão oficial no país.

O Alto Comissariado das Nações Unidas (órgão da ONU, com sede em Genebra) fornece o *suporte administrativo e técnico aos procedimentos especiais* do Conselho de Direitos Humanos. Até 2012, há 45 procedimentos especiais, sendo 35 temáticos e 10 geográficos (por país).

QUADRO SINÓTICO

Procedimentos especiais e seus relatores	
Criação	• 1967 (Res. n. 1.235) e 1970 (Res. n. 1.503).
Composição	• Especialistas que, a título pessoal e com independência, são escolhidos pelo Conselho de Direitos Humanos.
Competência	• investigar situações de violação de direitos humanos, efetuar visitas *in loco* (com a anuência do Estado), bem como elaborar relatórios finais contendo recomendação de ações aos Estados.

2.2. REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL

No bojo da criação do Conselho de Direitos Humanos em 2006, foi criado o Mecanismo de Revisão Periódica Universal (RPU). A essência do RPU é o *peer review* – monitoramento pelos pares – pelo qual um Estado tem a sua situação de direitos humanos analisada pelos demais Estados da ONU e que, futuramente, poderá vir a substituir os procedimentos especiais vistos acima.

O RPU prevê que *todos* os Estados da ONU serão avaliados em períodos de quatro a cinco anos, evitando-se a *seletividade* e os *parâmetros dúbios* da escolha de um determinado país e não outro. O trâmite é simples e previsto no anexo da Resolução n. 5/1 do Conselho de Direitos Humanos, de 18 de junho de 2007. De início, cabe ao Estado a ser examinado apresentar *relatório nacional oficial* ao Conselho de Direitos Humanos sobre a situação geral de direitos humanos em seu território. Após, apresenta-se uma compilação de todas as informações referentes a direitos humanos no Estado examinado constante dos procedimentos especiais do próprio Conselho de Direitos Humanos e demais órgãos internacionais de direitos humanos. Por fim, *as organizações não governamentais e a instituição nacional de direitos humanos* (ver na Parte III, item 17.1 o conceito de instituição nacional de direitos humanos) podem também apresentar informes e outros documentos relevantes, que serão resumidos por equipe do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos.

Após, o Estado a ser examinado é questionado no Conselho de Direitos Humanos em relação à promoção de direitos humanos constante da Carta da ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos e ainda nos tratados internacionais de direitos humanos eventualmente ratificados.

Esse exame tem como peça-chave o “diálogo construtivo” entre o Estado sob revisão e outros Estados-membros da ONU (membros ou não do Conselho). Para tanto é formado um Grupo de Trabalho capitaneado pelo Presidente do Conselho e composto pelos seus 47 Estados-membros. Todos os documentos acima expostos sobre a situação de direitos humanos devem ser apreciados em reunião desse Grupo de Trabalho, prevista para durar três horas.

Esse diálogo permite ao Estado examinado responder às dúvidas e ainda opinar sobre os comentários e sugestões dos demais Estados. *Não há, então, condenação ou conclusões vinculantes*. Busca-se a cooperação e adesão voluntária do Estado examinado.

Para sistematizar o exame, são nomeados pelo Conselho de três Estados (escolhidos entre

os diversos grupos regionais, por sorteio), conhecido como "troika", que atuam como verdadeiros relatores da revisão periódica do Estado examinado.

Cabe à troika resumir as discussões, elaborando o chamado *Relatório de Resultado* ou *Relatório Final*, fazendo constar um sumário dos passos tomados no exame, observações e sugestões dos Estados, bem como as respostas e eventuais "compromissos voluntários" do Estado examinado.

Esse relatório será apreciado pelo colegiado do Conselho de Direitos Humanos. O art. 27 do Anexo da Resolução n. 5/1 deixa claro que a RPU é um "mecanismo cooperativo". Assim, o conteúdo do resultado do exame deverá conter uma avaliação objetiva e transparente da situação de direitos humanos do país, que inclua os avanços e desafios ainda existentes, bem como os compromissos voluntariamente aceitos pelo Estado examinado.

O Brasil foi pioneiro na proposição de um novo mecanismo de exame da situação de direitos humanos na ONU e, na condição de membro da primeira composição do recém-criado Conselho, acatou ser submetido a exame já na primeira sessão do Conselho. A "troika" indicada foi composta por *Gabão, Arábia Saudita e Suíça,* que editou um Relatório de Resultado sobre o Brasil em maio de 2008. Em 2012 o Brasil foi submetido a nova revisão: a "troika" foi *Equador, Polônia e China*.

O resultado desse mecanismo coletivo político depende do próprio Estado examinado, que pode – ou não – assumir compromissos dignos de nota.

QUADRO SINÓTICO

Revisão Periódica Universal – RPU	
Criação	Resolução do Conselho de Direitos Humanos, 2007.
Composição	• Os Membros do Conselho de Direitos Humanos avaliam o Estado. Todos os Estados da ONU devem passar pela RPU a cada quatro/cinco anos.
Competência	• Estabelecer um "diálogo construtivo" com o Estado examinado. Os compromissos são voluntários e não podem ser impostos.

3. Comitê de Direitos Humanos

O Pacto de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) determinou a constituição do Comitê de Direitos Humanos. O Comitê é composto de *18 membros eleitos*, que exercem suas funções a título pessoal. É integrado por nacionais de Estados Partes do Pacto, que devem ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos (art. 28). Cada Estado poderá indicar apenas duas pessoas, que devem ser nacionais do país que as indicou, sendo possível a indicação mais de uma vez (art. 29). A eleição se dá mediante votação secreta entre os Estados Partes.

O Comitê não poderá ter mais de um nacional do mesmo Estado. O art. 30 do PIDCP determina que seus membros serão eleitos em reuniões dos Estados Partes convocados pelo

Secretário-Geral da ONU, cujo *quorum* estabelecido é de dois terços dos Estados Partes, sendo eleitos os candidatos que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados Partes presentes e votantes. As eleições devem levar em consideração uma distribuição geográfica equitativa e a "representação das diversas formas de civilização", no termos do Pacto, bem como dos principais sistemas jurídicos (art. 31).

Os membros do Comitê são eleitos para um *mandato de quatro anos*, podendo, caso suas candidaturas sejam apresentadas novamente, ser reeleitos. O Pacto determina que o Comitê deve se reunir em todas as ocasiões previstas em suas regras de procedimento e as reuniões devem ser realizadas normalmente na sede da ONU (Nova York) ou no Escritório das Nações Unidas em *Genebra, como é feito usualmente nos dias de hoje* (art. 37).

Antes de iniciar suas funções, todos os membros do Comitê devem, antes de iniciar suas funções, assumir publicamente o compromisso solene de desempenhar suas funções de forma imparcial e consciente (art. 38).

A mesa diretora do Comitê é eleita para um período de dois anos e os seus membros poderão ser reeleitos. As regras de procedimentos são estabelecidas pelo próprio Comitê, mas devem, por disposição expressa do Pacto, conter as seguintes disposições: *quorum* de doze membros e determinação de que as decisões do Comitê sejam tomadas por maioria de votos dos membros presentes (art. 39).

O Pacto prevê ainda a necessidade de submissão ao Comitê, pelos Estados Partes, de *relatórios* sobre as *medidas* adotadas para tornar efetivos os direitos nele reconhecidos, bem como os fatores e as dificuldades que *prejudiquem* sua implementação, caso existam. O primeiro relatório deve ser apresentado no prazo de um ano a contar do início da vigência do Pacto e, a partir de então, sempre que o Comitê solicitar, podendo os outros Estados Partes do Pacto apresentar relatórios (usualmente a cada quatro anos).

O Comitê ainda recebe informes de organizações não governamentais que apresentam o chamado "*relatório sombra*" (*shadow report*), que busca revelar criticamente a real situação de direitos humanos naquele país. Após, o Comitê aprecia o relatório oficial e as demais informações obtidas, emitindo *relatório final* contendo recomendações, sem força vinculante ao Estado.

Além dessas observações específicas a um determinado Estado, o Comitê de Direitos Humanos elabora as chamadas "Observações Gerais" ou "Comentários Gerais", que contêm a interpretação do Comitê sobre os direitos protegidos. Atualmente, há *34 observações gerais*, sendo a última emitida em 2011 sobre o alcance e sentido do art. 19 do PIDCP (liberdade de opinião e expressão).

Além disso, o Estado Parte do Pacto pode declarar que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue que outro não vem cumprindo as obrigações nele previstas. Esse mecanismo é conhecido como "*mecanismo interestatal*". Se dentro de seis meses a contar da data do recebimento da comunicação original pelo Estado destinatário a questão não estiver dirimida satisfatoriamente, ambos os Estados envolvidos poderão submeter a questão ao Comitê, que oferecerá os seus bons préstimos para que se alcance uma solução amistosa. Se a questão ainda não for dirimida, satisfatoriamente, o Comitê poderá, mediante o consentimento prévio

dos Estados Partes interessados, constituir uma comissão *ad hoc*, que também oferecerá os seus bons préstimos para alcançar uma solução amistosa. Ao final, a Comissão apresentará um relatório, de acordo com o estágio da questão. Se solução amistosa não tiver sido alcançada, apresentará, no relatório, opinião sobre a situação, devendo os Estados Partes interessados comunicar se aceitam ou não os termos do relatório.

O *Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, por sua vez, foi adotado pela Resolução da Assembleia Geral da ONU – na mesma ocasião em que o Pacto foi adotado –, com a finalidade de instituir mecanismo de petição individual ao Comitê de Direitos Humanos por violações a direitos civis e políticos previstos no Pacto. Está em vigor desde 23 de março de 1976. No Brasil, foi aprovado apenas em 16 de junho de 2009, pelo Decreto Legislativo n. 311/2009, junto com o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte.

Quatorze artigos o compõem. O art. 1º enuncia que os Estados que se tornarem partes do Protocolo reconhecem a competência do Comitê para receber e examinar comunicações de indivíduos sujeitos à sua jurisdição que aleguem ser vítimas de violação de qualquer dos direitos previstos no Pacto pelos Estados Partes. Não serão admissíveis as comunicações anônimas ou cuja apresentação constitua abuso de direito ou que for incompatível com as disposições do Pacto (art. 3º).

O Comitê dará conhecimento das comunicações que lhe forem apresentadas aos Estados Partes que aleguem que tenham violado direitos estabelecidos no Pacto, os quais deverão, em seis meses, submeter por escrito ao Comitê as explicações ou declarações que esclareçam a questão, indicando, se for o caso, as medidas que tenham tomado para remediar a situação (art. 5º).

Para que possa examinar a comunicação, entretanto, o Comitê, obedecendo à *subsidiariedade do mecanismo*, deverá se assegurar de que a mesma questão não esteja sendo examinada por outra instância internacional de inquérito ou decisão e de que o indivíduo tenha *esgotado os recursos internos disponíveis*, salvo em caso de demora injustificada. As sessões relativas às comunicações individuais serão realizadas a portas fechadas, comunicando-se as conclusões ao Estado Parte interessado e ao indivíduo (art. 5º). As atividades relativas às comunicações individuais, previstas nesse Protocolo, serão incluídas pelo Comitê em seu relatório anual (art. 6º).

Os dispositivos finais dizem respeito a assinatura, ratificação e adesão ao Protocolo (art. 8º), data de entrada em vigor (art. 9º), aplicação a todas as unidades constitutivas dos Estados federais (art. 10), o procedimento para a proposição de emendas (art. 11) e a possibilidade de denúncia (art. 12).

O *Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte* determinou também que as medidas adotadas para implementar o Protocolo deverão ser informadas pelos Estados Partes nos relatórios que submeterem ao Comitê de Direitos Humanos (art. 40 do Pacto). Também para aqueles que tenham feito a declaração prevista no art. 41 no Pacto, o reconhecimento de competência do Comitê para receber e apreciar comunicações nas quais um Estado Parte alega que outro não cumpre suas obrigações é extensivo às disposições do Segundo Protocolo (art. 4º), salvo se

declaração em contrário tenha sido feita no momento da ratificação ou adesão.

Além disso, para os Estados que tenham aderido ao primeiro Protocolo Adicional ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, também é extensiva às disposições do Segundo Protocolo a competência do Comitê de Direitos Humanos para receber e examinar as comunicações feitas por indivíduos sujeitos à sua jurisdição, salvo declaração em sentido contrário no momento da ratificação ou adesão (art. 5º).

QUADRO SINÓTICO

Comitê de Direitos Humanos	
Criação	Pacto de Direitos Civis e Políticos.
Composição	Dezoito membros eleitos, nacionais de Estados Partes do Pacto, que exercem suas funções a título pessoal. Devem ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos. A eleição se dá mediante votação secreta, dentre uma lista de pessoas que preencham os mencionados requisitos e indicadas pelos Estados Partes.
Competência atribuída pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	• Exame de relatórios sobre as medidas adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no Pacto, enviados pelos Estados Partes. • O Comitê, após análise do relatório, emite recomendações sem força vinculante ao Estado. • Receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue que outro não vem cumprindo as obrigações nele previstas. No âmbito das comunicações interestatais, pode oferecer os seus bons préstimos para que se alcance uma solução amistosa. Se esta não tiver sido alcançada, o Comitê deve apresentar relatório, e os Estados Partes interessados comunicam se aceitam ou não seus termos.

Competência atribuída pelo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	• Receber e examinar comunicações de indivíduos que aleguem ser vítimas de violação de qualquer dos direitos previstos no Pacto pelos Estados Partes.
Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte	As medidas adotadas para implementar o Protocolo deverão ser informadas pelos Estados Partes nos relatórios que submeterem ao Comitê de Direitos Humanos. Ademais, o Comitê tem competência para receber e apreciar comunicações nas quais um Estado Parte alega que outro não cumpre suas obrigações estabelecidas no Segundo Protocolo. Tem ainda competência para receber e examinar as comunicações feitas por indivíduos sujeitos à sua jurisdição, salvo declaração em sentido contrário no momento da ratificação ou adesão, quanto às situações previstas no Segundo Protocolo.

4. Conselho Econômico e Social e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O *Conselho Econômico e Social* foi criado pela *Carta das Nações Unidas* (Capítulo X, arts. 61 a 72) como órgão das Nações Unidas responsável por coordenar assuntos internacionais de caráter econômico, social, cultural, educacional, de saúde e conexos. Trata-se do foro central para discussão desses temas e de formulação de recomendações aos Estados e ao sistema das Nações Unidas. É composto por 54 Estados das Nações Unidas eleitos pela Assembleia Geral e cada membro tem um voto. As decisões são tomadas por maioria dos membros presentes e votantes.

Os arts. 62 a 64 definem seus poderes e funções. Dentre outras funções, o Conselho Econômico e Social pode *fazer ou iniciar estudos e relatórios* a respeito de assuntos de sua competência, podendo fazer recomendações à Assembleia Geral, aos membros das Nações Unidas e às organizações especializadas interessadas. Pode preparar, para os assuntos de sua competência, *projetos de convenções* a serem submetidos à Assembleia Geral e pode convocar, de acordo com as regras estipuladas pela ONU, *conferências internacionais* sobre assuntos de sua competência. Pode ainda coordenar as atividades das agências especializadas[3] da ONU por meio de consultas e recomendações às mesmas e de recomendações à Assembleia Geral e aos membros das Nações Unidas. Pode também tomar as medidas adequadas a fim de obter relatórios regulares das agências especializadas, dentre outras atribuições.

Ademais, o Conselho Econômico e Social pode criar *comissões* para os assuntos econômicos, sociais e para a *proteção dos direitos humanos*, bem como outras comissões necessárias ao desempenho de suas funções. Finalmente, pode entrar em entendimentos convenientes para a consulta com organizações não governamentais que se ocupem de assuntos no âmbito da sua competência.

O *Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, por sua vez, foi instituído pela Resolução n. 1.985/17 do Conselho Econômico e Social, de 28 de maio de 1985, inicialmente para prestar assistência ao Conselho no exame de informes apresentados pelos Estados Partes, ou seja, nas funções de monitoramento atribuídas ao Conselho na Parte IV do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Nos termos da referida Resolução, o Comitê é composto por 18 membros, que devem ser especialistas de reconhecida competência na esfera dos direitos humanos e que atuam a título pessoal. São eleitos pelo Conselho, em votação secreta, levando-se em consideração a distribuição geográfica equitativa e a representação de diferentes sistemas sociais e jurídicos, para um período de quatro anos, podendo ser reeleitos se suas candidaturas forem novamente apresentadas. A metade dos membros se renova a cada dois anos para atender à necessidade de manter a distribuição geográfica equitativa. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi concebido pelo Conselho para auxiliá-lo no exercício dessas funções, pois o PIDESC *não* havia feito menção a um Comitê específico. Somente em 2008, o Comitê foi mencionado expressamente no *Protocolo Facultativo ao PIDESC*.

Os Estados Partes devem apresentar relatórios ao Comitê do PIDESC sobre as medidas adotadas e sobre os progressos realizados com o objetivo de assegurar a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais. O primeiro relatório deve ser apresentado em um ano após a ratificação e os demais, em períodos de cinco anos. No que tange à análise dos relatórios dos Estados, o Comitê ainda recebe informes de organizações não governamentais que apresentam o chamado "relatório sombra" (*shadow report*), que busca revelar criticamente a real situação dos direitos sociais, econômicos e culturais naquele país. Após, o Comitê aprecia o relatório oficial e as demais informações obtidas, emitindo *relatório final* contendo recomendações, sem força vinculante ao Estado.

Além dessas observações específicas a um determinado Estado, o Comitê de Direitos Humanos elabora as chamadas "Observações Gerais" ou "Comentários Gerais", que contêm a interpretação do Comitê sobre os direitos protegidos. Atualmente, há *21 observações gerais*, sendo a última emitida em 2009 sobre o alcance e sentido do art. 15, § 1º, do PIDESC (direito cultural).

Os relatórios que contenham recomendações de caráter geral ou resumo de informações recebidas dos Estados Partes e das agências especializadas sobre medidas adotadas e progressos realizados poderão ser ocasionalmente apresentados pelo Conselho à Assembleia Geral (art. 21). Além disso, quaisquer questões suscitadas nos relatórios poderão ser levadas pelo Conselho ao conhecimento de outros órgãos da ONU, de seus órgãos subsidiários ou de agências especializadas interessadas, incumbidas de prestação de assistência técnica, para que tais entidades se pronunciem, dentro de sua competência, sobre a conveniência de medidas internacionais que possam contribuir para a implementação efetiva e progressiva do

Pacto (art. 22).

Como já mencionado, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais previa apenas o *mecanismo de relatórios periódicos* para o monitoramento dos direitos. Por isso, atendendo a recomendação da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, foi editado, em 2008, o *Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,* que veio implementar o *sistema de petições*, o *procedimento de investigação* e as *medidas provisionais*, reafirmando, assim, a exigibilidade e a justiciabilidade de tais direitos, como visto acima.

O Protocolo é composto por 22 artigos. O art. 1º prevê a competência, para os Estados que a reconheçam, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para receber petições individuais ou no interesse de indivíduos e grupos de indivíduos, mediante seu consentimento, que denunciem violações de direitos econômicos, sociais e culturais que tenham sido realizadas pelo Estado Parte. Este deve tomar todas as medidas necessárias para garantir que os indivíduos sob sua jurisdição não sejam submetidos a maus-tratos ou intimidação em decorrência de terem recorrido ao Comitê (art. 13).

Até 2012, o Protocolo contava com 8 ratificações (o Brasil ainda não o ratificou); a partir da 10ª ratificação, o Protocolo entrará em vigor.

QUADRO SINÓTICO

Conselho Econômico e Social	
Origem	Carta das Nações Unidas.
Composição	Cinquenta e quatro membros das Nações Unidas eleitos pela Assembleia Geral.
Principais funções	• Fazer ou iniciar estudos e relatórios a respeito de assuntos de sua competência, podendo fazer recomendações à Assembleia Geral, aos membros das Nações Unidas e às organizações especializadas interessadas. • Preparar, para os assuntos de sua competência, projetos de convenções a serem submetidos à Assembleia Geral. • Convocar, de acordo com as regras estipuladas pela ONU, conferências internacionais sobre assuntos de sua competência. • Coordenar as atividades das organizações especializadas por meio de consultas e recomendações às mesmas e de recomendações à Assembleia Geral e aos membros das Nações Unidas. • Tomar as medidas adequadas a fim de obter relatórios regulares das organizações especializadas. • Criar comissões para os assuntos econômicos e sociais e para a proteção dos direitos do homem, bem como outras comissões necessárias ao desempenho de suas funções. • Entrar em entendimentos convenientes para a consulta com organizações não governamentais que se ocupem de assuntos no âmbito da sua competência.
Competência atribuída pelo PIDESC	• Examinar relatórios sobre as medidas adotadas e sobre os progressos realizados com o objetivo de assegurar a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi instituído para auxiliar o Conselho no exercício dessa função.

	Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
Origem	Resolução n. 1985/17 do Conselho Econômico e Social e Protocolo Facultativo ao PIDESC (ainda não ratificado pelo Brasil).
Composição	Dezoito membros, que devem ser especialistas de reconhecida competência na esfera dos direitos humanos e que atuam a título pessoal. São eleitos pelo Conselho, em votação secreta, levando-se em consideração distribuição geográfica equitativa e a representação de diferentes sistemas sociais e jurídicos, para um período de quatro anos, podendo ser reeleitos se suas candidaturas forem novamente apresentadas.
Principais funções	Apresentar ao Conselho um informe sobre suas atividades, que incluirá um resumo de seu exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes do Pacto. Deve ainda formular sugestões e recomendações de caráter geral, baseando-se nos exames desses relatórios e daqueles apresentados pelos mecanismos especializados, com a finalidade de auxiliar o Conselho Econômico e Social a cumprir suas funções.
Competência atribuída ao Comitê pela Resolução	• Auxiliar o Conselho Econômico e Social no exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes. • Emitir recomendações aos Estados. • Elaborar observações gerais.
Competência estabelecida no Protocolo Facultativo ao Pacto	• Receber *petições individuais ou no interesse de indivíduos e grupos de indivíduos*, mediante seu consentimento, que denunciem violações de direitos econômicos, sociais e culturais que tenham sido realizadas pelo Estado Parte. • Apresentar pedido de *medidas provisórias* ao Estado Parte, para sua urgente consideração, com a finalidade de evitar possíveis danos irreparáveis, em circunstâncias excepcionais, a qualquer tempo depois do reconhecimento da comunicação e antes da decisão de mérito. • Disponibilizar os seus bons préstimos para a finalidade de se alcançar um *acordo amigável* entre as partes interessadas. • Receber *comunicações interestatais.* • Convidar o Estado Parte a cooperar no exame de informações caso receba informação confiável que indique graves ou sistemáticas violações pelo Estado de qualquer um dos direitos arrolados no Pacto (*procedimento de investigação*).

5. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial determinou a criação do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. O Comitê é composto de

dezoito peritos conhecidos por sua alta moralidade e imparcialidade, que são eleitos periodicamente pelos Estados-membros dentre seus nacionais e que atuam *a título individual*, levando-se em conta uma repartição geográfica equitativa e a representação das "formas diversas de civilização" assim como dos principais sistemas jurídicos (artigo VIII).

A Convenção estabelece o *mecanismo de relatórios*, que serão examinados pelo Comitê e devem ser apresentados no prazo de um ano da entrada em vigor da Convenção e, a partir de então, a cada dois anos e sempre que o Comitê solicitar. Os relatórios devem conter todas as medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou outras aptas a tornarem efetivas as disposições da Convenção (artigo IX).

No que tange à análise dos relatórios dos Estados, o Comitê ainda recebe informes de organizações não governamentais que apresentam o chamado "relatório sombra" (*shadow report*), que busca revelar criticamente a real situação dos direitos protegidos naquele país. Após, o Comitê aprecia o relatório oficial e as demais informações obtidas, emitindo relatório final contendo recomendações, sem força vinculante ao Estado.

Além dessas observações específicas a um determinado Estado, o Comitê de Direitos Humanos elabora as chamadas "Observações Gerais" ou "Comentários Gerais", que contêm a interpretação do Comitê sobre como alcançar o fim da discriminação racial. Atualmente, há *34* observações gerais, sendo a última emitida em 2011 sobre a eliminação da discriminação ao povo descendente de africanos.

Com base nos relatórios e informações recebidas pelos Estados Partes, o Comitê deverá submeter à Assembleia Geral da ONU um relatório sobre suas atividades, podendo fazer sugestões e recomendações de ordem geral.

O artigo XI prevê a possibilidade de um Estado Parte chamar a atenção do Comitê caso entenda que outro Estado Parte não aplica as disposições da Convenção (*mecanismo interestatal*). Se no prazo de seis meses a contar do recebimento da comunicação pelo Estado destinatário a questão não tiver sido resolvida pelos dois Estados Partes, esta poderá ser submetida novamente ao Comitê, que poderá dela conhecer, ante o esgotamento dos recursos internos, salvo prazo excessivo. Examinadas as questões necessárias, o Comitê deve nomear uma Comissão *ad hoc* para alcançar uma solução amigável (artigo XII), que, após analisar a questão sob todos os seus aspectos, submeterá ao presidente do Comitê um relatório com as conclusões sobre as questões de fato e com as recomendações que entender razoáveis para se alcançar solução amistosa para a polêmica. Os Estados, posteriormente, devem comunicar se aceitam ou não as recomendações (artigo XIII).

Finalmente, além do mecanismo de relatórios periódicos e de comunicação interestatal, a Convenção prevê que os Estados Partes podem declarar que reconhecem a competência do Comitê para examinar *comunicações individuais* ou de grupos de indivíduos sob sua jurisdição que se considerarem vítimas de violações de direitos nela protegidos, nos termos do artigo XIV. A declaração pode ser retirada a qualquer tempo, sem prejuízo das comunicações que já tenham sido estudadas pelo Comitê.

Por fim, a Convenção estabelece que o Comitê receberá cópias de petições provenientes de órgãos das Nações Unidas que se ocupem de questões diretamente relacionadas com os princípios e objetivos da Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação

Racial, incluindo em seu relatório à Assembleia Geral um resumo das petições e relatórios que houver recebido de órgãos da ONU e as opiniões e recomendações que houver proferido sobre tais petições e relatórios (artigo XV).

QUADRO SINÓTICO

Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial	
Criação	Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.
Composição	Dezoito peritos conhecidos por sua alta moralidade e imparcialidade, que são eleitos periodicamente pelos Estados-membros dentre seus nacionais e que atuam a título individual, levando-se em conta uma repartição geográfica equitativa e a representação das “formas diversas de civilização”, assim como dos principais sistemas jurídicos.
Competência	• Exame de relatórios, que devem ser apresentados no prazo de um ano da entrada em vigor da Convenção e, a partir de então, a cada dois anos e sempre que o Comitê solicitar. • O Comitê elabora um relatório contendo recomendações ao Estado, sem força vinculante. • Com base nos relatórios e informações recebidas pelos Estados Partes, o Comitê deverá submeter à Assembleia Geral da ONU um relatório sobre suas atividades, podendo fazer sugestões e recomendações de ordem geral. • Exame de comunicações interestatais, com possibilidade de alcançar solução amigável e de o Comitê apresentar recomendações aos Estados, que poderão ou não ser aceitas. • Examinar comunicações individuais ou de grupos de indivíduos que se considerarem vítimas de violações de direitos nela protegidos.

6. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (conhecida também pela sigla em inglês CEDAW) determinou a criação do *Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher*, que tem a finalidade de examinar os progressos alcançados na sua aplicação.

O Comitê é composto de 23 especialistas de grande prestígio moral e competência na área abarcada pela Convenção, que são eleitos pelos Estados Partes, exercendo suas funções a título pessoal.

São eleitos em votação secreta dentre uma lista de pessoas indicadas pelos Estados Partes (cada Estado pode indicar uma pessoa dentre os seus nacionais) para um mandato de quatro anos. Em caso de necessidade de preenchimento de vagas fortuitas, o Estado cujo especialista (também chamado de perito) tenha deixado de exercer suas funções nomeará outro perito entre seus nacionais, sob reserva da aprovação do Comitê (art. 17).

O art. 18 prevê a obrigação de os Estados Partes submeterem ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para exame do Comitê, um relatório sobre as medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou outras que adotarem para tornarem efetivas as disposições da Convenção e dos progressos alcançados a respeito. Isso deve ser feito no prazo de um ano, a partir da entrada em vigor da Convenção para o Estado interessado e, posteriormente, pelo menos a cada quatro anos e toda vez que o Comitê vier a solicitar.

No que tange à análise dos relatórios dos Estados, o Comitê ainda recebe informes de organizações não governamentais que apresentam o chamado "relatório sombra" (*shadow report*), que busca revelar criticamente a real situação dos direitos protegidos naquele país. Após, o Comitê aprecia o relatório oficial e as demais informações obtidas, emitindo relatório final contendo recomendações, sem força vinculante ao Estado.

Além dessas observações específicas a um determinado Estado, o Comitê de Direitos Humanos elabora as chamadas "Observações Gerais" ou "Comentários Gerais", que contêm a interpretação do Comitê sobre como alcançar o fim da discriminação contra a mulher. Atualmente, há 28 observações gerais, sendo a última emitida em 2010 sobre as obrigações dos Estados Partes no cumprimento da Convenção.

O Comitê adotará seu próprio regulamento (art. 19) e todos os anos se reunirá para examinar os relatórios que lhe forem submetidos (art. 20).

Já o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotado por Resolução da Assembleia Geral da ONU de 6 de outubro de 1999[4], teve por objetivo aperfeiçoar o sistema de monitoramento da Convenção, assegurando o direito de petição das vítimas de violações dos direitos nela garantidos.

Por meio do Protocolo, que contém 21 artigos, o Estado reconhece a competência do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher para receber e considerar comunicações apresentadas por indivíduos ou grupo de indivíduos – ou em nome deles, se contarem com seu consentimento ou se se justificar a ação independente do consentimento – que se encontrem sob sua jurisdição e que sejam vítimas de violações de quaisquer dos direitos estabelecidos na Convenção (arts. 1º e 2º).

Os requisitos e procedimentos para tanto estão previstos no Protocolo, nos termos dos arts. 3º a 14, estabelecendo-se a possibilidade de o Comitê solicitar ao Estado a adoção de medidas cautelares (antecipando a tutela) necessárias para evitar possíveis danos irreparáveis à vítima da violação (art. 5º).

O Comitê apenas poderá considerar a comunicação se tiver reconhecido que todos os recursos internos foram esgotados ou que a sua utilização está sendo protelada além do razoável ou deixa dúvidas quanto a produzir o efetivo amparo. O Protocolo também enumera as hipóteses em que a comunicação será considerada inadmissível: quando se referir a assunto que já tiver sido examinado pelo Comitê ou tiver sido examinado ou estiver sob exame sob outro procedimento internacional de investigação ou solução de controvérsias; quando for incompatível com as disposições da Convenção; quando estiver manifestamente mal fundamentada ou não suficientemente consubstanciada; quando constituir abuso do direito de submeter comunicação; quando tiver como objeto fatos que tenham ocorrido antes da entrada em vigor do Protocolo para o Estado Parte em questão, a não ser no caso de tais fatos terem

tido continuidade após aquela data.

No prazo de seis meses, o Estado Parte que receber a comunicação deve apresentar ao Comitê explicações ou declarações por escrito esclarecendo o assunto e o remédio, se houver, que possa ter sido aplicado pelo Estado (art. 6º).

O Comitê deve realizar reuniões fechadas ao examinar as comunicações no âmbito do Protocolo. Após examiná-la, deve transmitir suas opiniões a respeito, juntamente com sua recomendação, se houver, às partes em questão. Dentro de seis meses, o Estado Parte deve apresentar resposta por escrito incluindo as informações sobre quaisquer ações realizadas à luz das opiniões e recomendações do Comitê (art. 7º).

Se o Comitê receber informação fidedigna indicando graves ou sistemáticas violações por um Estado Parte dos direitos estabelecidos na Convenção, deve convidar o Estado Parte a cooperar no exame da informação e, para esse fim, a apresentar observações quanto à informação em questão. O Comitê poderá designar um ou mais de seus membros para conduzir uma investigação, o que será feito em caráter confidencial e com a cooperação do Estado Parte em todos os estágios dos procedimentos, e para apresentar relatório urgentemente ao Comitê. Sempre que justificado, e com o consentimento do Estado Parte, a investigação poderá incluir visita ao território deste último. Após o exame dos resultados da investigação, o Comitê deve transmiti-los ao Estado Parte em questão, com comentários e recomendações. Em seis meses, contados do recebimento do resultado, o Estado Parte deverá apresentar suas observações ao Comitê (art. 8º).

O Protocolo ressalta que os Estados Partes devem tomar todas as medidas apropriadas para assegurar que os indivíduos sob sua jurisdição não fiquem sujeitos a maus-tratos ou intimidação como consequência de sua comunicação com o Comitê (art. 11). Por meio do Protocolo, os Estados também se comprometem a tornar públicos e amplamente conhecidos a Convenção e o Protocolo e a facilitar o acesso a informações sobre as opiniões e recomendações do Comitê, especialmente as que dizem respeito ao próprio Estado Parte (art. 13).

QUADRO SINÓTICO

Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher	
Criação	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.
Composição	Vinte e três peritos de grande prestígio moral e competência na área abarcada pela Convenção, eleitos pelos Estados Partes, exercendo suas funções a título pessoal, para um mandato de quatro anos.
Competência	• Exame de relatórios periódicos sobre as medidas adotadas para tornar efetiva a Convenção e sobre os progressos alcançados a respeito. Os relatórios devem ser apresentados no prazo de um ano, a partir da entrada em vigor da Convenção para o Estado interessado e, posteriormente, pelo menos a cada quatro anos e toda vez que o Comitê vier a solicitar. • O Comitê elabora recomendações aos Estados, após a análise dos relatórios, sem força vinculante. • Receber e considerar comunicações apresentadas por indivíduos ou grupo de indivíduos – ou em nome deles, se contarem com seu consentimento ou se se justificar a ação independente do consentimento – que sejam vítimas de violações de quaisquer dos direitos estabelecidos na Convenção (competência determinada pelo Protocolo Facultativo à Convenção).

7. Comitê contra a Tortura

A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes determinou, em sua Parte II, a constituição do Comitê contra a Tortura.

O Comitê é composto por 10 especialistas (também chamados de peritos) de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que exercerão suas funções *a título pessoal* e serão eleitos pelos Estados Partes, levando em conta uma distribuição geográfica equitativa e a utilidade da participação de algumas pessoas com experiência jurídica.

Os Estados Partes devem submeter ao Comitê *relatórios* sobre as medidas adotadas para o cumprimento das obrigações assumidas na Convenção, no *prazo de um ano* a contar do início da vigência da Convenção para o Estado Parte interessado. A partir de então, os Estados devem apresentar relatórios a cada *quatro* anos, ou quando o Comitê solicitar, sobre todas as novas disposições que tiverem sido adotadas.

No que tange à análise dos relatórios dos Estados, o Comitê ainda recebe informes de organizações não governamentais que apresentam o chamado “relatório sombra” (*shadow report*), que busca revelar criticamente a real situação dos direitos protegidos naquele país. Após, o Comitê aprecia o relatório oficial e as demais informações obtidas, emitindo relatório final contendo recomendações, *sem força vinculante* ao Estado.

Além dessas observações específicas a um determinado Estado, o Comitê de Direitos Humanos elabora as chamadas “Observações Gerais” ou “Comentários Gerais”, que contêm a

interpretação do Comitê sobre como alcançar o fim da tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Atualmente, há duas observações gerais, sendo a última emitida em 2007, que considera a proibição da tortura norma de *jus cogens*.

Se o Comitê receber informações fidedignas que indiquem, de forma fundamentada, que a tortura é praticada sistematicamente no território de um Estado Parte, este será convidado a cooperar no exame das informações e, nesse sentido, a transmitir ao Comitê as observações que julgar pertinentes. Levando em consideração todas as questões de que dispuser, o Comitê poderá designar membros para procederem a uma *investigação confidencial*, que poderá incluir visita ao território se houver concordância do Estado Parte em questão.

O art. 21 prevê a possibilidade de reconhecimento pelos Estados Partes da Convenção, a qualquer momento, da competência do Comitê para receber *comunicações interestatais*, nas quais um Estado Parte alegue que outro Estado Parte não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe a Convenção. Tais comunicações somente podem ser apresentadas por um Estado Parte que houver feito uma declaração em que reconheça, com relação a si próprio, a competência do Comitê. Toda declaração poderá ser retirada, a qualquer momento, mediante notificação endereçada ao Secretário-Geral, o que será feito sem prejuízo do exame de quaisquer questões que constituam objeto de uma comunicação já transmitida.

A Convenção determina o procedimento para as comunicações interestatais. Levada a questão por um Estado Parte ao Estado destinatário, este, no prazo de três meses a contar da data do recebimento da comunicação, deverá fornecer ao Estado que enviou a comunicação explicações ou quaisquer outras declarações por escrito que esclareçam a questão, as quais deverão fazer referência, até onde seja possível e pertinente, aos procedimentos nacionais e aos recursos jurídicos adotados, em trâmite ou disponíveis sobre a questão. Se no prazo de seis meses, a contar da data do recebimento da comunicação original pelo Estado destinatário, a questão não estiver dirimida satisfatoriamente para os Estados Partes interessados, ambos terão o direito de submetê-la ao Comitê, mediante notificação a ele endereçada ou ao outro Estado interessado.

Assim, o Comitê tratará de todas as questões que lhe forem submetidas por meio de comunicações interestatais somente após ter-se assegurado de que houve o esgotamento dos recursos internos, salvo se a aplicação dos recursos se prolongar injustificadamente ou se não for provável que sua aplicação venha a melhorar realmente a situação da vítima. Quando for examinar as comunicações, o Comitê deve realizar reuniões confidenciais.

Sem prejuízo da análise das questões pelo Comitê, este deve colocar seus bons ofícios à disposição dos Estados Partes interessados, no intuito de se alcançar uma solução amistosa, podendo inclusive constituir, se julgar conveniente, uma comissão de conciliação *ad hoc*.

Para todas as questões interestatais submetidas ao Comitê, este poderá solicitar aos Estados Partes interessados que lhe forneçam quaisquer informações pertinentes. Estes, por sua vez, terão o direito de fazer-se representar quando as questões forem examinadas no Comitê e de apresentar suas observações verbalmente e/ou por escrito.

Dentro dos doze meses seguintes à data de recebimento de notificação pelo Estado destinatário, o Comitê apresentará relatório em que, se houver sido alcançada uma solução amistosa, restringir-se-á a uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada; e, se a

solução amistosa não tiver sido alcançada, apresentará breve exposição dos fatos, anexando-se ao relatório o texto das observações escritas e as atas das observações orais apresentadas pelos Estados Partes interessados.

No art. 22, a Convenção versa sobre a possibilidade de reconhecimento, pelos Estados, da competência do *Comitê* para *receber petições individuais* (comunicações enviadas por pessoas sob sua jurisdição, ou em nome delas, que aleguem ser vítimas de violação, por um Estado Parte, das disposições da Convenção). O Comitê não poderá receber comunicação anônima, ou que constitua abuso de direito, ou que seja incompatível com as disposições da Convenção. A declaração de reconhecimento dessa competência poderá ser retirada, a qualquer momento, mediante notificação endereçada ao Secretário-Geral. O Brasil fez essa declaração em 2006.

O Comitê deverá levar todas as petições individuais ao conhecimento do Estado Parte da Convenção que houver feito a declaração e sobre o qual se alegue ter violado qualquer disposição da Convenção. Dentro dos seis meses seguintes, o Estado destinatário deverá submeter ao Comitê as explicações ou declarações por escrito que elucidem a questão e, se for o caso, indiquem o recurso jurídico adotado pelo Estado em questão.

As petições individuais serão analisadas pelo Comitê à luz de todas as informações a ele submetidas pela pessoa interessada, ou em nome dela, e pelo Estado Parte interessado. A petição não será analisada sem que se tenha assegurado de que a mesma questão não foi, nem está sendo, examinada perante uma outra instância internacional de investigação ou solução e de que a pessoa em questão esgotou todos os recursos jurídicos internos disponíveis, salvo quando a aplicação dos recursos se prolongar injustificadamente ou quando não for provável que sua aplicação venha a melhorar realmente a situação da vítima.

Quando estiver examinando petições individuais, o Comitê realizará reuniões confidenciais. Este comunicará seu parecer ao Estado Parte e à pessoa em questão. O Comitê ainda apresentará um relatório anual sobre suas atividades aos Estados Partes e à Assembleia Geral da ONU. Conforme defendo em livro específico, a deliberação em petição individual por parte do Comitê é *vinculante* ao Estado que aceitou tal competência de modo voluntário[5].

O *Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes* foi adotado em 18 de dezembro de 2002. O Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 483, de 20 de dezembro de 2006, seu texto e o Brasil depositou o instrumento de ratificação do Protocolo junto ao Secretário-Geral da ONU em 11 de janeiro de 2007. Posteriormente, o Protocolo foi promulgado internamente pelo Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007.

Esse Protocolo, por sua vez, teve por objetivo estabelecer um *sistema de visitas regulares* de órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares onde as pessoas são privadas de liberdade, com o intuito de *prevenir* a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, conforme prevê seu art. 1º.

O Protocolo é composto por 37 artigos, divididos em sete partes: Princípios gerais (arts. 1º a 4º), Subcomitê de Prevenção (arts. 5º a 10), Mandato do Subcomitê de Prevenção (arts. 11 a 16), Mecanismos preventivos nacionais (arts. 17 a 23), Declaração (art. 24), Disposições Financeiras (arts. 25 e 26) e Disposições Finais (arts. 27 a 37).

Na Parte I, sobre princípios gerais, o Protocolo prevê que um *Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes* deverá ser criado. Trata-se de Subcomitê do Comitê contra a Tortura, que deve desempenhar suas funções no marco da Carta das Nações Unidas e deve ser guiado por seus princípios e propósitos, bem como pelas normas das Nações Unidas relativas ao tratamento das pessoas privadas de sua liberdade. Deve ainda ser guiado pelos princípios da *confidencialidade, imparcialidade, não seletividade, universalidade e objetividade* (art. 2º). Em nível doméstico, os Estados se comprometem a designar ou manter um ou mais *mecanismos preventivos nacionais*: órgãos de visita encarregados de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (art. 3º). Os Estados Partes devem permitir as visitas dos dois mecanismos a qualquer lugar sob sua jurisdição onde pessoas são ou podem ser privadas de liberdade, por força de ordem dada por autoridade pública.

Na Parte II, o Protocolo estabelece a composição do Subcomitê de Prevenção, a forma de eleição dos membros e da mesa e o tempo de mandato e, na Parte III, determina como deverá ser cumprido o mandato do Subcomitê.

O Subcomitê de Prevenção, após a quinquagésima ratificação ou adesão ao Protocolo, em 2011, passou a ser constituído por *25 membros*. São escolhidos entre pessoas de elevado caráter moral, de comprovada experiência profissional no campo da administração da justiça, em particular o direito penal e a administração penitenciária ou policial, ou nos vários campos relevantes para o tratamento de pessoas privadas de liberdade. Para a composição do Subcomitê, deve-se considerar também a distribuição geográfica equitativa e a representação de diferentes formas de civilização e de sistema jurídico dos Estados-membros, bem como o equilíbrio de gênero, com base nos princípios da igualdade e da não discriminação. Observe-se que os membros do Subcomitê devem servir em sua capacidade individual, atuando de forma independente e imparcial (art. 5º).

As eleições dos membros do Subcomitê de Prevenção devem ser realizadas em uma reunião bienal dos Estados Partes convocada pelo Secretário-Geral das Nações Unidas. Serão eleitos aqueles que obtenham o maior número de votos e uma maioria absoluta de votos dos representantes dos Estados presentes e votantes. O *quorum* da reunião é de dois terços dos Estados Partes (art. 7º).

Os membros do Subcomitê são eleitos para *mandato de quatro anos*, podendo ser reeleitos uma vez, caso suas candidaturas sejam novamente apresentadas (art. 9º). Os membros da mesa serão eleitos pelo Subcomitê de Prevenção para um período de dois anos.

O art. 10 determina que o Subcomitê estabeleça seu próprio regimento. Ademais, prevê que após a reunião inicial, este deve reunir-se nas ocasiões previstas no regimento, mas o Subcomitê de Prevenção e o Comitê contra a Tortura deverão convocar suas sessões simultaneamente pelo menos uma vez por ano.

O Subcomitê *deverá visitar* os lugares onde haja pessoas privadas de liberdade e fazer recomendações para os Estados Partes a respeito da proteção de pessoas privadas de liberdade contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Quanto aos *mecanismos preventivos nacionais*, o Subcomitê deve aconselhar e assistir os Estados Partes, quando necessário, no estabelecimento desses mecanismos; deve manter

diretamente, e se necessário de forma confidencial, contatos com os mecanismos e oferecer treinamento e assistência técnica com vistas a fortalecer sua capacidade; deve aconselhá-los e assisti-los na avaliação de suas necessidades e no que for preciso para fortalecer a proteção das pessoas privadas de liberdade e, finalmente, deve fazer recomendações e observações aos Estados Partes, com a finalidade de fortalecer a capacidade e o mandato dos mecanismos preventivos nacionais para a prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Além disso, o Subcomitê deve cooperar para a prevenção da tortura em geral com os órgãos e mecanismos relevantes das Nações Unidas, bem como com organizações ou organismos internacionais, regionais ou nacionais que trabalhem para fortalecer a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

De outro lado, o art. 12 prevê as obrigações dos Estados Partes para que o Subcomitê de Prevenção possa cumprir sua missão: *receber* o Subcomitê em seu território e *franquear-lhe* o *acesso* aos centros de detenção; fornecer todas as informações relevantes que o Subcomitê solicitar para avaliar as necessidades e medidas que deverão ser adotadas para fortalecer a proteção das pessoas privadas de liberdade contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; encorajar e facilitar os contatos entre o Subcomitê e os mecanismos preventivos nacionais e examinar as recomendações do Subcomitê de Prevenção e com ele engajar-se em diálogo sobre possíveis medidas de implementação.

De acordo com o art. 13, o Subcomitê deve estabelecer, inicialmente por sorteio, um programa de *visitas regulares* aos Estados Partes com a finalidade de pôr em prática seu mandato. Após proceder a consultas, deverá notificar os Estados Partes de seu programa para que eles possam, sem demora, fazer os arranjos práticos necessários para que as visitas sejam realizadas.

As visitas devem ser realizadas por pelo menos dois membros do Subcomitê de Prevenção, que deverão ser acompanhados, se necessário, por peritos que demonstrem experiência profissional e conhecimento no campo abrangido pelo Protocolo. Deverão ser selecionados de uma lista de peritos preparada com bases nas propostas feitas pelos Estados Partes, pelo Escritório do Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas e pelo Centro Internacional para Prevenção de Crimes das Nações Unidas. Para elaborar a lista de peritos, os Estados Partes interessados deverão propor não mais que cinco peritos nacionais e o Estado interessado pode se opor à inclusão de algum perito específico na visita; devendo o Subcomitê indicar outro perito. O Subcomitê poderá propor, se considerar apropriado, curta visita de seguimento de visita regular anterior.

De acordo com o art. 14, os Estados Partes ainda se comprometem a conceder ao Subcomitê: *acesso irrestrito* a todas as informações relativas ao número de pessoas privadas de liberdade em centros de detenção, bem como o número de centros e sua localização; acesso irrestrito a todas as informações relativas ao tratamento dessas pessoas, bem como às condições de sua detenção; acesso irrestrito a todos os centros de detenção, suas instalações e equipamentos; oportunidade de entrevistar-se privadamente com pessoas privadas de liberdade, sem testemunhas, pessoalmente ou com intérprete, se considerado necessário, bem

como com qualquer outra pessoa que o Subcomitê acredite poder fornecer informação relevante; e, finalmente, liberdade de escolher os lugares que pretende visitar e as pessoas que quer entrevistar.

Assim, *objeções* a visitas a algum lugar de detenção em particular só poderão ser feitas com fundamentos urgentes e imperiosos ligados à *defesa nacional, à segurança pública, ou a algum desastre natural ou séria desordem no lugar* a ser visitado que temporariamente impeçam a realização da visita e a existência de uma declaração de estado de emergência *não* deverá ser invocada por um Estado Parte como razão para objetar uma visita.

O Protocolo determina, em seu art. 15, que nenhuma autoridade ou funcionário público deverá ordenar, aplicar, permitir ou tolerar qualquer sanção contra qualquer pessoa ou organização por haver comunicado ao Subcomitê de Prevenção ou a seus membros qualquer informação, verdadeira ou falsa, e nenhuma dessas pessoas ou organizações deverá ser de qualquer outra forma prejudicada.

O art. 16 estabelece as obrigações do Subcomitê. Este deve comunicar suas *recomendações e observações* confidencialmente para o Estado Parte e, se for o caso, para o mecanismo preventivo nacional. Deverá publicar seus relatórios, em conjunto com qualquer comentário do Estado Parte interessado, quando solicitado pelo Estado. Se este fizer parte do relatório público, o Subcomitê poderá publicar o relatório total ou parcialmente. Observe-se que nenhum dado pessoal deverá ser publicado sem o expresso consentimento da pessoa interessada. O Subcomitê de Prevenção deverá apresentar um *relatório público anual* sobre suas atividades ao Comitê contra a Tortura.

Se o Estado se recusar a cooperar com o Subcomitê de Prevenção ou a tomar as medidas para melhorar a situação à luz de suas recomendações, o *Comitê contra a Tortura* poderá, a pedido do Subcomitê, e depois que o Estado Parte tenha a oportunidade de fazer suas observações, decidir, pela maioria de votos dos membros, *fazer declaração sobre o problema ou publicar o relatório* do Subcomitê de Prevenção.

Na Parte IV (arts. 17 a 23), o Protocolo versa sobre os *mecanismos preventivos nacionais*. O art. 17 estabelece a obrigatoriedade de o Estado manter, designar ou estabelecer, dentro de um ano da entrada em vigor do Protocolo ou de sua ratificação ou adesão, um ou mais mecanismos preventivos nacionais independentes para a prevenção da tortura em nível doméstico. Observe-se que os mecanismos estabelecidos por meio de unidades descentralizadas poderão ser designados como mecanismos preventivos nacionais para os fins do Protocolo se estiverem em conformidade com suas disposições.

O art. 18 prevê que os Estados devem garantir a independência funcional dos mecanismos preventivos nacionais bem como a independência de seu pessoal. Devem tomar as medidas necessárias para assegurar que os seus peritos tenham as habilidades e o conhecimento profissional necessários e devem buscar equilíbrio de gênero e representação adequada dos grupos étnicos e minorias no país. Comprometem-se ainda a tornar disponíveis todos os recursos necessários para o funcionamento dos mecanismos.

No art. 19, o Protocolo determina as competências mínimas a serem conferidas aos mecanismos preventivos nacionais, dentre as quais a de *examinar regularmente* o tratamento de pessoas presas em centro de detenção, com vistas a fortalecer, se necessário, sua proteção

contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; a de fazer *recomendações* às autoridades relevantes com o objetivo de melhorar o tratamento e as condições das pessoas privadas de liberdade e o de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e a de submeter propostas e observações a respeito da legislação existente ou ainda em projeto.

Para habilitar os mecanismos preventivos nacionais a cumprirem seu mandato (art. 20), os Estados Partes *comprometem-se a lhes conceder, à semelhança do disposto no art. 14 quanto ao Subcomitê*, o *acesso* a todas as informações relativas ao número de pessoas privadas de liberdade em centros de detenção, bem como o número de centros e sua localização; o acesso a todas as informações relativas ao tratamento daquelas pessoas bem como às condições de sua detenção; o acesso a todos os centros de detenção, suas instalações e equipamentos; a oportunidade de entrevistar-se privadamente com presos, sem testemunhas, pessoalmente ou com intérprete, bem como com qualquer outra pessoa que os mecanismos preventivos nacionais acreditem poder fornecer informação relevante; a liberdade de escolher os lugares que pretendem visitar e as pessoas que querem entrevistar e o direito de manter contato com o Subcomitê de Prevenção, enviar-lhe informações e encontrar-se com ele.

No mesmo sentido do que disposto no art. 15, o art. 21 determina que nenhuma autoridade ou funcionário público deverá ordenar, aplicar, permitir ou tolerar qualquer sanção contra qualquer pessoa ou organização por haver comunicado ao mecanismo preventivo nacional qualquer informação, verdadeira ou falsa, e nenhuma dessas pessoas ou organizações deverá ser de qualquer outra forma prejudicada. Determina-se que as informações confidenciais obtidas pelos mecanismos preventivos nacionais deverão ser privilegiadas e nenhum dado pessoal deverá ser publicado sem o consentimento expresso da pessoa em questão.

Finalmente, o art. 22 prevê que as autoridades competentes do Estado interessado devem examinar as *recomendações* do mecanismo preventivo nacional e com ele engajar-se em diálogo sobre possíveis medidas de implementação, e o art. 23 determina que os Estados comprometem-se a publicar e difundir os relatórios anuais dos mecanismos preventivos nacionais.

Na Parte V, o Protocolo estabelece que, por ocasião da ratificação, os Estados Partes poderão fazer uma declaração que adie a implementação de suas obrigações, o que será válido pelo máximo de três anos, que poderão ser estendidos pelo Comitê contra Tortura por mais dois anos após representações formuladas pelo Estado Parte e após consultas ao Subcomitê de Prevenção.

Finalmente, na Parte VI o Protocolo dispõe sobre o financiamento do Subcomitê de Prevenção. As despesas realizadas por ele na implementação do Protocolo serão custeadas pela ONU e, paralelamente, deverá ser estabelecido um Fundo Especial, administrado de acordo com o regulamento financeiro e as regras de gestão financeira das Nações Unidas, para auxiliar no financiamento da implementação das recomendações feitas pelo Subcomitê de Prevenção após a visita a um Estado Parte, bem como programas educacionais dos mecanismos preventivos nacionais. O Fundo poderá ser financiado por contribuições voluntárias feitas por Governos, organizações intergovernamentais e não governamentais e outras entidades públicas ou privadas.

QUADRO SINÓTICO

Comitê contra a Tortura	
Criação	Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.
Composição	Dez peritos de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que exercerão suas funções a título pessoal e serão eleitos pelos Estados Partes, levando em conta uma distribuição geográfica equitativa e a utilidade da participação de algumas pessoas com experiência jurídica.
Competência	• Exame de relatórios apresentados pelos Estados Partes, no prazo de um ano a contar do início da vigência da Convenção no Estado Parte interessado e, a partir de então, a cada quatro anos, ou quando o Comitê solicitar, sobre todas as novas disposições que tiverem sido adotadas. • Exame de comunicações interestatais, situação em que pode tentar alcançar solução amistosa. • Exame de petições individuais (comunicações enviadas por vítimas de violação dos direitos garantidos na Convenção, ou de pessoas em nome delas).

Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes	
Criação	Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.
Composição	Vinte e cinco membros, escolhidos entre pessoas de elevado caráter moral, de comprovada experiência profissional no campo da administração da justiça, em particular o direito penal e a administração penitenciária ou policial, ou nos vários campos relevantes para o tratamento de pessoas presas, que servem em sua capacidade individual, atuando de forma independente e imparcial. São eleitos para um mandato de quatro anos, permitida uma reeleição.
Competência	• Realizar visitas a lugares onde haja pessoas privadas de liberdade, com o intuito de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. • Fazer recomendações aos Estados Partes a respeito da proteção das pessoas privadas de liberdade. • Quanto aos mecanismos preventivos nacionais, o Subcomitê deve aconselhar e assistir os Estados Partes, quando necessário, no estabelecimento desses mecanismos; deve manter diretamente, e se necessário de forma confidencial, contatos com os mecanismos e oferecer treinamento e assistência técnica com vistas a fortalecer sua capacidade; deve aconselhá-los e assisti-los na avaliação de suas necessidades e no que for preciso para fortalecer a proteção das pessoas privadas de liberdade e deve fazer recomendações e observações aos Estados Partes, com a finalidade de fortalecer a capacidade e o mandato dos mecanismos preventivos nacionais para a prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. • Cooperar para a prevenção da tortura em geral com os órgãos e mecanismos relevantes das Nações Unidas, bem como com organizações ou organismos internacionais, regionais ou nacionais que trabalhem para fortalecer a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Mecanismos preventivos nacionais	
São mecanismos independentes criados para a prevenção da tortura em nível doméstico.	
Criação	Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.
Competências mínimas	• Examinar regularmente o tratamento de pessoas privadas de sua liberdade, em centro de detenção, com vistas a fortalecer, se necessário, sua proteção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.
	• Fazer recomendações às autoridades relevantes com o objetivo de melhorar o tratamento e as condições dos presos e o de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. • Submeter propostas e observações a respeito da legislação existente ou ainda em projeto.

8. Comitê para os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança determinou a constituição do *Comitê para os Direitos da Criança*, com a finalidade de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados Partes quanto às obrigações nela assumidas (art. 43).

Esse Comitê monitora a implementação da Convenção e ainda de seus três protocolos facultativos, o (i) Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados; o (ii) Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil e o recém elaborado (iii) 3º Protocolo à Convenção sobre os Direitos da Criança, que cria o mecanismo de petição individual ao Comitê para os Direitos da Criança.

O Comitê é integrado por 10 especialistas de reconhecida integridade moral e competência nas áreas cobertas pela Convenção. Os membros do Comitê são eleitos pelos Estados Partes dentre seus nacionais e exercem suas funções *a título pessoal*, tomando-se em conta a distribuição geográfica equitativa, bem como os principais sistemas jurídicos. Eles são escolhidos, em votação secreta, de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados Partes, podendo cada Estado indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país.

O Comitê tem competência para estabelecer suas próprias regras de procedimento e deve eleger a mesa para um período de dois anos. Deve reunir-se normalmente todos os anos e as reuniões serão celebradas na sede das Nações Unidas ou em qualquer outro lugar que o Comitê julgar conveniente.

O art. 44 determina que os Estados Partes se comprometam a apresentar ao Comitê, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, *relatórios* sobre as medidas que tenham adotado com vistas a tornar efetivos os direitos reconhecidos na Convenção e sobre os

progressos alcançados no desempenho desses direitos, no *prazo de dois anos*, a partir da data em que entrou em vigor para cada Estado Parte e, a partir de então, a cada *cinco anos*.

Os relatórios devem indicar as circunstâncias e dificuldades que afetam o grau de cumprimento das obrigações derivadas da Convenção. Devem também conter informações suficientes para que o Comitê compreenda, com exatidão, a implementação da Convenção no país. O Comitê ainda recebe informes de organizações não governamentais que apresentam o chamado "relatório sombra" (*shadow report*), que busca revelar criticamente a real situação dos direitos da criança naquele país. Após, o Comitê aprecia o relatório oficial e as demais informações obtidas, *emitindo relatório final contendo recomendações, sem força vinculante ao Estado*.

Além dessas observações específicas a um determinado Estado, o Comitê de Direitos Humanos elabora as chamadas "Observações Gerais" ou "Comentários Gerais", que contêm a interpretação do Comitê sobre os direitos protegidos. Atualmente, há observações gerais, sendo a última emitida em 2011 sobre o alcance e sentido do art. 19 da Convenção (proteção da criança contra toda forma de violência).

A cada dois anos, o Comitê deve submeter relatórios sobre suas atividades à Assembleia Geral da ONU, por meio do Conselho Econômico e Social. De outro lado, os Estados Partes devem tornar seus relatórios amplamente disponíveis ao público dos seus respectivos países.

Para incentivar a efetiva implementação da Convenção e estimular a cooperação internacional nas esferas por ela regulamentadas, o art. 45 prevê uma série de medidas a serem adotadas. Nesse sentido, os organismos especializados, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e outros órgãos das Nações Unidas possuem o direito de estar representados quando for analisada a implementação das disposições da Convenção que estejam compreendidas no âmbito de seus mandatos. O Comitê pode convidar as agências especializadas, o Fundo das Nações Unidas para a Infância e outros órgãos competentes que considere apropriados para fornecer assessoramento especializado sobre a implementação da Convenção em matérias correspondentes a seus respectivos mandatos. Ademais, poderá convidar as agências especializadas, o Fundo das Nações Unidas para Infância e outros órgãos das Nações Unidas para apresentarem relatórios sobre a implementação das disposições da Convenção compreendidas no âmbito de suas atividades.

O *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados* determina, em seu art. 8º, a submissão de *relatório* abrangente ao Comitê sobre os Direitos da Criança, no prazo de dois anos a contar da data de entrada em vigor do Protocolo, que conterá inclusive as medidas adotadas para implementar as disposições sobre participação e recrutamento. Após a apresentação desse relatório, o Estado Parte deve incluir nos relatórios que submeter ao Comitê sobre os Direitos da Criança quaisquer informações adicionais sobre a implementação do Protocolo. Outros Estados Partes do Protocolo devem submeter um relatório a cada cinco anos. O Comitê poderá solicitar aos Estados informações adicionais relevantes para a implementação do Protocolo. Na mesma linha da apreciação dos relatórios vistos acima, o Comitê emite recomendações, sem força vinculante, ao Estado.

Também o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à

venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil prevê a apresentação de relatórios periódicos por cada Estado Parte ao Comitê sobre os Direitos da Criança, no prazo de dois anos a contar da data da entrada em vigor do Protocolo para aquele Estado Parte, que deverá conter informações abrangentes sobre as medidas adotadas para implementar as disposições do Protocolo (art. 12). Após sua apresentação do relatório abrangente, o Estado Parte deve incluir nos relatórios que submeter ao Comitê sobre os Direitos da Criança quaisquer informações adicionais sobre a implementação do Protocolo e os demais Estados devem fazê-lo a cada cinco anos. O Comitê poderá solicitar aos Estados informações adicionais relevantes para a implementação do Protocolo e emitirá as recomendações pertinentes.

Finalmente, o 3º Protocolo, aberto a ratificações em fevereiro de 2012, cria o tão esperado mecanismo de petição individual das vítimas de violações da Convenção e dos dois Protocolos Facultativos ao Comitê para os Direitos da Criança. A sistemática é similiar à dos demais Comitês que aceitam petições de vítimas de violações de direitos protegidos:

• Vítimas e representantes podem peticionar.

• Há cláusulas de admissibilidade, em especial a do esgotamento prévio dos recursos internos.

• Pode existir solução amistosa entre a vítima e o Estado, ou ainda um procedimento de investigação das violações.

• Se for considerada procedente a petição, o Comitê decidirá sobre a reparação cabível, devendo o Estado comunicar seus atos de reparação em um prazo de seis meses.

QUADRO SINÓTICO

Comitê para os Direitos da Criança	
Criação	Convenção sobre os Direitos da Criança.
Composição	Dez especialistas de reconhecida integridade moral e competência nas áreas cobertas pela Convenção, eleitos pelos Estados Partes dentre seus nacionais, tomando-se em conta a distribuição geográfica equitativa, bem como os principais sistemas jurídicos. Os membros exercem suas funções a título pessoal e são escolhidos, em votação secreta, por uma lista de pessoas indicadas pelos Estados Partes, podendo cada Estado indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país. Os membros são eleitos para um mandato de quatro anos, podendo ser reeleitos caso sejam apresentadas novamente suas candidaturas.
Competência	• Examinar relatórios sobre as medidas que os Estados tenham adotado com vistas a tornar efetivos os direitos reconhecidos na Convenção e sobre os progressos alcançados no desempenho desses direitos, no prazo de dois anos, a partir da data em que entrou em vigor para cada Estado Parte e, a partir de então, a cada cinco anos. Observação: o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil determinam a apresentação de relatórios periódicos por cada Estado Parte ao Comitê sobre os Direitos da Criança, no prazo de dois anos a contar da data da entrada em vigor do Protocolo para aquele Estado Parte, que deverá conter informações abrangentes sobre as medidas adotadas para implementar as disposições do Protocolo. Após sua apresentação do relatório abrangente, o Estado Parte deve incluir nos relatórios que submeter ao Comitê sobre os Direitos da Criança quaisquer informações adicionais sobre a implementação do Protocolo e os demais Estados devem fazê-lo a cada cinco anos.

9. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

O Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi criado pela Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, para avaliar sua implementação. É composto por 18 especialistas independentes (12 inicialmente e 18 quando a Convenção alcançar 60 ratificações), indicados pelos Estados contratantes para mandatos de quatro anos, com uma reeleição possível. Os membros atuam a título pessoal e são eleitos pelos Estados Partes, observando-se uma distribuição geográfica equitativa, representação de diferentes formas de civilização e dos principais sistemas jurídicos, representação equilibrada de gênero e participação de peritos com deficiência.

Os Estados Partes, por meio do Secretário-Geral da ONU, devem submeter relatório abrangente sobre as medidas adotadas em cumprimento de suas obrigações estabelecidas pela

Convenção e sobre o progresso alcançado nesse aspecto, dentro do período de dois anos após a entrada em vigor da presente Convenção para o Estado Parte concernente. Depois disso, devem ser apresentados relatórios periódicos, ao menos a cada quatro anos, ou quando o Comitê solicitar.

Na consideração dos relatórios, o Comitê fará sugestões e recomendações que julgar pertinentes, transmitindo-as aos Estados Partes. Estes poderão responder ao Comitê com as informações que julgarem pertinentes.

Os relatórios são colocados à disposição de todos os Estados Partes pelo Secretário-Geral da ONU e todos os Estados devem tornar seus relatórios amplamente disponíveis ao público em seus países, facilitando o acesso à possibilidade de sugestões e de recomendações gerais a respeito desses relatórios. Ademais, o Comitê transmitirá às agências, fundos e programas especializados das Nações Unidas e a outras organizações competentes, da maneira que julgar apropriada, os relatórios dos Estados Partes que contenham demandas ou indicações de necessidade de consultoria ou de assistência técnica, acompanhados de eventuais observações e sugestões do Comitê em relação às referidas demandas ou indicações, a fim de que possam ser consideradas.

A cada dois anos, o Comitê deve submeter à Assembleia Geral e ao Conselho Econômico e Social um relatório de suas atividades, podendo fazer sugestões e recomendações gerais baseadas no exame dos relatórios e nas informações recebidas dos Estados Partes.

Por meio do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, os Estados Partes reconhecem a competência do Comitê para receber e considerar *comunicações* submetidas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nome deles, sujeitos à sua jurisdição, alegando serem vítimas de violação das disposições da Convenção pelo referido Estado Parte. O Comitê não pode receber comunicação referente a qualquer Estado Parte que não seja signatário do Protocolo.

O Comitê considerará inadmissível a comunicação quando for anônima, ou for incompatível com as disposições da Convenção. Além disso, há a previsão de coisa julgada e litispendência (não cabe apreciação se a mesma matéria já tenha sido examinada pelo Comitê ou tenha sido ou estiver sendo examinada sob outro procedimento de investigação ou resolução internacional), bem como a exigência do chamado “esgotamento prévio dos recursos internos”, que consagra a *subsidiariedade da jurisdição internacional*.

O Comitê realizará sessões fechadas para examinar comunicações a ele submetidas em conformidade com o presente Protocolo. Depois de examinar uma comunicação, o Comitê enviará suas sugestões e deliberações, se houver, ao Estado Parte concernente e ao requerente.

QUADRO SINÓTICO

Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência	
Criação	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.
Composição	• Composto por 18 especialistas independentes (12 inicialmente e 18 quando a Convenção alcançar 60 ratificações), indicados pelos Estados contratantes para mandatos de quatro anos, com uma reeleição possível.
Competência	• Exame dos relatórios periódicos – recomendação. • Exame de petições das vítimas – deliberação.

10. Comitê contra Desaparecimentos Forçados

A Convenção da ONU para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado criou o *Comitê contra Desaparecimentos Forçados*, composto por 10 especialistas de elevado caráter moral e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que atuam em sua própria capacidade, com independência e imparcialidade. Eles são eleitos pelos Estados Partes para um mandato de quatro anos, permitida uma reeleição, com base em distribuição geográfica equitativa, levando-se em consideração o interesse de que se reveste para os trabalhos do Comitê a presença de pessoas com relevante experiência jurídica e equilibrada representação de gênero.

Os membros do Comitê são eleitos por voto secreto, a partir de uma lista de candidatos designados pelos Estados Partes entre seus nacionais, em reuniões bienais convocadas com esse propósito pelo Secretário-Geral da ONU. Têm direito às instalações, aos privilégios e às imunidades a que fazem jus os peritos em missão das Nações Unidas, em conformidade com as seções relevantes da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas.

O Comitê deve cooperar com todos os órgãos, repartições, agências e fundos especializados das Nações Unidas e com as organizações ou órgãos intergovernamentais regionais pertinentes, bem como com todas as instituições, agências ou repartições governamentais relevantes, que se dediquem à proteção de todas as pessoas contra desaparecimentos forçados. Ademais, deve consultar os órgãos instituídos por relevantes instrumentos internacionais de direitos humanos, particularmente o Comitê de Direitos Humanos estabelecido pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a fim de assegurar a consistência de suas respectivas observações e recomendações.

Cada Estado Parte deve submeter ao Comitê um *relatório* sobre as medidas tomadas em cumprimento das obrigações assumidas ao amparo da Convenção, dentro de dois anos contados a partir da data de sua entrada em vigor para o Estado Parte interessado. O Comitê pode emitir comentários, observações e recomendações que julgar apropriados, os quais serão comunicados ao Estado Parte interessado, que poderá responder por iniciativa própria ou por solicitação do Comitê. O Comitê pode também solicitar informações adicionais aos Estados Partes a respeito da implementação da Convenção. *Não se trata, portanto, de um*

mecanismo de relatoria periódica, mas da apresentação de um relatório inicial e sempre que houver solicitação.

A Convenção prevê ainda a possibilidade de submissão ao Comitê de pedido de busca e localização de uma pessoa desaparecida, em regime de urgência, por familiares da pessoa desaparecida ou por seus representantes legais, advogado ou qualquer pessoa por eles autorizada, bem como por qualquer outra pessoa detentora de interesse legítimo.

O Comitê pode transmitir recomendações ao Estado Parte, acompanhadas de pedido para que este tome todas as medidas necessárias, inclusive de natureza cautelar, para localizar e proteger a pessoa, e para que informe o Comitê, no prazo que este determine, das medidas tomadas, tendo em vista a urgência da situação. O Comitê deverá manter o autor da petição informado sobre as providências adotadas.

O Estado pode declarar que reconhece a competência do Comitê para receber *comunicações individuais*, ou seja, apresentadas por indivíduos ou em nome de indivíduos sujeitos à sua jurisdição, que alegam serem vítimas de violação pelo Estado Parte de disposições da Convenção. Tal comunicação é inadmissível quando for anônima; quando constituir abuso do direito de apresentar essas comunicações ou for inconsistente com as disposições da Convenção; quando a mesma questão estiver sendo examinada em outra instância internacional de exame ou de solução de mesma natureza; ou quando todos os recursos efetivos disponíveis internamente não tiverem sido esgotados, salvo na hipótese de excesso de prazo razoável. Caso a demanda seja considerada admissível, o Comitê transmite a comunicação ao Estado Parte interessado, solicitando-lhe que envie suas observações e comentários dentro de um prazo fixado pelo Comitê. Este pode também dirigir ao Estado Parte interessado um pedido urgente para que tome as medidas cautelares necessárias para evitar eventuais danos irreparáveis às vítimas da violação alegada.

Também pode ser reconhecida a Competência do Comitê para receber e considerar *comunicações interestatais*, ou seja, comunicações em que um Estado Parte alega que outro Estado Parte não cumpre as obrigações decorrentes da Convenção.

Caso o Comitê receba informação confiável de que um Estado Parte está incorrendo em grave violação do disposto na Convenção, poderá, após consulta àquele, encarregar um ou vários de seus membros a empreender uma visita e a informá-lo a respeito o mais prontamente possível. A intenção de organizar uma visita, indicando a composição da delegação e o seu objetivo deve ser informada por escrito ao Estado. O adiamento ou cancelamento da visita poderá ocorrer mediante pedido fundamentado deste. Após a visita, o Comitê comunica ao Estado Parte interessado suas observações e recomendações.

A competência do Comitê limita-se aos desaparecimentos forçados ocorridos após a entrada em vigor da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado e, caso um Estado se torne signatário após sua entrada em vigor, somente para os desaparecimentos forçados ocorridos após a entrada em vigor para o referido Estado.

Ainda, a Convenção estabelece que o Comitê deve apresentar um relatório anual de suas atividades aos Estados Partes e à Assembleia Geral das Nações Unidas. As observações relativas a um determinado Estado Parte contidas no relatório devem ser previamente

anunciadas a esse Estado, que disporá de um prazo razoável de resposta e poderá solicitar a publicação de seus comentários e observações no relatório.

QUADRO SINÓTICO

Comitê contra Desaparecimentos Forçados	
Criação	Convenção Internacional para a Proteção de Todas das Pessoas contra o Desaparecimento Forçado.
Composição	• Dez peritos de elevado caráter moral e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que atuarão em sua própria capacidade, com independência e imparcialidade. • Mandato de quatro anos, permitida uma reeleição. • Eleição com base em distribuição geográfica equitativa, levando-se em consideração o interesse de que se reveste para os trabalhos do Comitê a presença de pessoas com relevante experiência jurídica e equilibrada representação de gênero.
Competência	• Exame de relatórios apresentados pelos Estados Partes sobre as medidas tomadas em cumprimento das obrigações assumidas ao amparo da Convenção, dentro de dois anos contados a partir da data de sua entrada em vigor para o Estado Parte interessado. • Exame de comunicações interestatais. • Exame de petições individuais. • Possibilidade de exame de pedido de busca e localização de uma pessoa desaparecida, em regime de urgência. • Visita ao Estado Parte.

11. Resumo da atividade de monitoramento internacional pelos Comitês (*treaty bodies*)

• Os principais tratados universais (ou globais ou onusianos) criaram Comitês, também chamados comumente de *treaty bodies*, para o monitoramento internacional da situação dos direitos protegidos. A princípio, o monitoramento limita-se ao envio pelo Estado de relatórios periódicos, que serão analisados pelo Comitê, que emitirá recomendações.

• Como os Comitês não são vinculados entre si, nada impede que tais recomendações sejam contraditórias ou suicidas. Por exemplo, determinado Comitê recomenda ação que colide com outra ação proposta por Comitê distinto, sem maior preocupação com a coerência. A ausência de força vinculante das recomendações minimiza esse problema, porém essas contradições *desprestigiam* o próprio sistema de relatórios periódicos[6].

• Nove dos tratados onusianos que possuem esses Comitês admitem, sob condições, o mecanismo de petições individuais: Comitê de Direitos Humanos (via Protocolo Facultativo), Comitê pela Eliminação de Toda Forma de Discriminação Racial (via cláusula de adesão facultativa prevista no próprio tratado), Comitê pela Eliminação de Toda Forma de

Discriminação contra a Mulher (via Protocolo Facultativo), Comitê contra a Tortura (via cláusula de adesão facultativa prevista no próprio tratado) e Comitê sobre os Direitos da Criança (3º Protocolo Facultativo), Comitê do PIDESC (via Protocolo Facultativo), Comitê contra o Desaparecimento Forçado (cláusula facultativa) e Comitê sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias (via cláusula facultativa prevista no próprio tratado).

• O Brasil já reconheceu o mecanismo de petição individual de cinco Comitês: Comitê pela Eliminação de Toda Forma de Discriminação Racial[7], Comitê pela Eliminação de Toda Forma de Discriminação contra a Mulher[8], Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência[9], Comitê de Direitos Humanos[10] e Comitê contra a Tortura.

• No caso de o Comitê considerar, no bojo de uma petição individual contra um Estado, que houve violação de direitos humanos, este determina ao Estado que realize a reparação (força vinculante questionada).

• Ainda, o Brasil adotou o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que estabelece a competência, para fins preventivos, do *Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comitê contra a Tortura*[11] e exige a criação de mecanismo nacional.

12. Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos

O posto de *Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos* foi criado por meio da Resolução 48/141 da Assembleia Geral da ONU, de 20 de dezembro de 1993, objetivando focar os esforços e dar sinergia às atividades das Nações Unidas na área dos direitos humanos. Esse posto foi sugerido já na Declaração e Programa de Ação de Viena, em 1993, que o via como essencial para *aperfeiçoar a coordenação* e, consequentemente, a *eficiência e efetividade* dos *diversos* órgãos onusianos de proteção de direitos humanos.

O Alto Comissário deve ser alguém de elevada idoneidade moral e integridade pessoal, devendo possuir *expertise* no campo dos direitos humanos, bem como conhecimento e compreensão das diversas culturas, para realizar suas atribuições de forma imparcial, objetiva, não seletiva e efetiva. É indicado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas e aprovado pela Assembleia Geral, tendo em conta uma alternância geográfica, para um *mandato de quatro anos, renovável uma vez* por mais quatro. Foram Altos Comissários: José Ayala-Lasso (Equador, 1994-1997); Mary Robinson (Irlanda, 1997-2002), *Sergio Vieira de Mello* (Brasil, 2002-2003 – morto em ataque a bomba por insurgentes em Bagdá), Louise Arbour (Canadá, 2004-2008) e, na atualidade, Navanethem Pillay (África do Sul, 2008).

De acordo com a Resolução n. 48/141 de 1993, o Alto Comissário deve exercer suas funções pautado no respeito à *Carta das Nações Unidas, à Declaração Universal dos Direitos Humanos e a instrumentos internacionais*, observando a soberania, a integridade territorial e a jurisdição doméstica dos Estados, e promovendo o respeito e a observância universal dos direitos humanos, como uma preocupação legítima da comunidade internacional. Deve também ser guiado pelo reconhecimento de que todos os direitos humanos são

universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados e pelo fato de que, mesmo que as particularidades nacionais e regionais e históricas, culturais e religiosas sejam aspectos que devem ser levados em consideração, é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico ou cultural, promover todos os direitos e liberdades fundamentais. Por fim, a Resolução enuncia que o Alto Comissário deve reconhecer a importância de se promover o desenvolvimento sustentável para todos e de assegurar a realização do direito ao desenvolvimento.

Em seguida, a Resolução da Assembleia Geral lista onze atribuições do Alto Comissário. A primeira delas é a promoção e proteção do efetivo gozo de todos os direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais. Em segundo lugar, deve realizar as tarefas a ele atribuídas pelos órgãos competentes do sistema das Nações Unidas no campo dos direitos humanos, bem como fazer recomendações a eles para aperfeiçoar a promoção e proteção de todos os direitos humanos.

Em terceiro lugar, deve promover e proteger a realização do direito ao desenvolvimento e aumentar o apoio de órgãos relevantes do sistema das Nações Unidas para esse propósito. Deve ainda fornecer, por meio do *Centro para os Direitos Humanos* (órgão por ele presidido), serviços de consultoria e assistência técnica e financeira, a pedido do respectivo Estado, e, quando apropriado, de organizações regionais de direitos humanos, com o intuito de apoiar ações e programas no campo dos direitos humanos.

O Alto Comissário ainda coordena programas de educação e informação pública relevantes das Nações Unidas no campo dos Direitos Humanos. Deve ter papel ativo na remoção de obstáculos, no enfrentamento de desafios para a completa realização de todos os direitos humanos e na prevenção na continuidade de violações a direitos humanos ao redor do mundo, como estabelecido na Declaração e Programa de Ação de Viena. Deve também envolver os Governos num diálogo para a implementação de seu mandato, com a finalidade de assegurar o respeito aos direitos humanos.

O Alto Comissário deve ainda incentivar o aumento da cooperação internacional para a promoção e proteção dos direitos humanos, coordenar as atividades de promoção e proteção dos direitos humanos do sistema das Nações Unidas, realizar a supervisão do Centro para os Direitos Humanos e, finalmente, racionalizar, adaptar, fortalecer e simplificar os mecanismos das Nações Unidas no âmbito dos direitos humanos, com o intuito de aumentar sua eficiência e efetividade.

Em resumo, o *Alto Comissário deveria ser o "Secretário-Geral" dos direitos humanos na ONU*, capaz de angariar recursos administrativos para os demais órgãos de direitos humanos (por exemplo, os Comitês e relatorias especiais), simplificar e obter eficiência na ação dos variados órgãos de direitos humanos na ONU, bem como aumentar o engajamento dos Estados e ainda sinalizar os futuros passos para a implementação dos direitos humanos.

O Alto Comissário envia relatório anual sobre suas atividades para o Conselho de Direitos Humanos e, por meio do Conselho Econômico e Social, para a Assembleia Geral.

O Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos está localizado em Genebra, no histórico *Palais Wilson*, e possui um escritório em Nova Iorque. O *Palais Wilson* foi *sede original da Liga das Nações* (antecessora da ONU) e foi assim

denominado em homenagem ao Presidente norte-americano Woodrow Wilson, idealizador da Liga (apesar de os Estados Unidos nunca dela terem participado). O Secretário-Geral da ONU deve fornecer pessoal e recursos para permitir que o Alto Comissário realize seu mandato.

As prioridades do Alto Comissariado estão estabelecidas em dois documentos estratégicos: o seu Plano de Ação e o Plano de Gestão Estratégica 2010-2011, as quais incluem: maior engajamento dos Estados, em estreita colaboração com os parceiros em nível nacional e regional, para assegurar que as normas internacionais de direitos humanos sejam aplicadas; papel de liderança mais forte para o Alto Comissariado e parcerias mais estreitas com a sociedade civil e com agências das Nações Unidas.

QUADRO SINÓTICO

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos	
Criação	Resolução n. 48/141 da Assembleia Geral da ONU, de 20 de dezembro de 1993. Sede principal: Genebra (*Palais Wilson*).
Composição	Alto Comissário deve ser alguém de elevada idoneidade moral e integridade pessoal e deve possuir *expertise*, inclusive no campo dos direitos humanos, e conhecimento e compreensão das diversas culturas, para realizar suas atribuições de forma imparcial, objetiva, não seletiva e efetiva. É indicado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas e aprovado pela Assembleia Geral, tendo em conta uma alternância geográfica, para um mandato de quatro anos, renovável uma vez por mais quatro.
Atribuições	• Promover e proteger o efetivo gozo de todos os direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais. • Realizar as tarefas a ele atribuídas pelos órgãos competentes do sistema das Nações Unidas no campo dos direitos humanos, bem como fazer recomendações a eles para aperfeiçoar a promoção e proteção de todos os direitos humanos. • Promover e proteger a realização do direito ao desenvolvimento e aumentar o apoio de órgãos relevantes do sistema das Nações Unidas para esse propósito. • Fornecer, por meio do Centro para os Direitos Humanos, serviços de consultoria e assistência técnica e financeira, a pedido do respectivo Estado, e, quando apropriado, de organizações regionais de direitos humanos, com o intuito de apoiar ações e programas no campo dos direitos humanos.

Atribuições	• Coordenar programas de educação e informação pública relevantes das Nações Unidas no campo dos Direitos Humanos. • Atuar ativamente na remoção de obstáculos, no enfrentamento de desafios para a completa realização de todos os direitos humanos e na prevenção na continuidade de violações a direitos humanos ao redor do mundo, como estabelecido na Declaração e Programa de Ação de Viena. • Envolver os Governos num diálogo para a implementação de seu mandato, com a finalidade de assegurar o respeito aos direitos humanos. • Aumentar a cooperação internacional para a promoção e proteção dos direitos humanos. • Coordenar as atividades de promoção e proteção dos direitos humanos do sistema das Nações Unidas. • Realizar a supervisão do Centro para os Direitos Humanos. • Racionalizar, adaptar, fortalecer e simplificar os mecanismos das Nações Unidas no âmbito dos direitos humanos, com o intuito de aumentar sua eficiência e efetividade.

13. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH)

13.1. ASPECTOS GERAIS

A Convenção Americana de Direitos Humanos consagrou um procedimento bifásico de promoção dos direitos protegidos: há uma etapa, *indispensável,* perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e uma eventual segunda etapa perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

A Comissão é composta por sete membros (denominados Comissários), que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos. Os membros da Comissão serão eleitos por *quatro anos e só poderão ser reeleitos uma vez*, sendo que o mandato é incompatível com o exercício de atividades que possam afetar sua independência e sua imparcialidade, ou a dignidade ou o prestígio do seu cargo na Comissão.

Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal, pela Assembleia Geral da OEA, de uma lista de candidatos propostos pelos Governos dos Estados-membros. Cada Governo pode propor até três candidatos (ou seja, pode propor apenas um nome), nacionais do Estado que os proponha ou de qualquer outro Estado-membro. Quando for proposta uma lista tríplice de candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente. Em resumo, a Comissão é um órgão principal da OEA (ver acima), porém autônomo, pois seus membros atuam com independência e imparcialidade, não representando o Estado de origem.

Em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão pode receber *petições individuais e interestatais* contendo alegações de violações de direitos humanos. O procedimento individual é considerado de adesão obrigatória e o interestatal é facultativo. A Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que qualquer pessoa – não só a vítima – pode peticionar à Comissão, alegando violação de direitos humanos de terceiros.

Já a Corte Interamericana só pode ser acionada (*jus standi)* pelos Estados contratantes e

pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que exerce a função similar à do Ministério Público brasileiro[12].

A vítima (ou seus representantes) possui somente o direito de petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão analisa tanto a *admissibilidade* da demanda (há requisitos de admissibilidade, entre eles, o esgotamento prévio dos recursos internos) quanto seu *mérito*.

Caso a Comissão arquive o caso (demanda inadmissível, ou quanto ao mérito, infundada) não há recurso disponível à vítima. Outra hipótese de ser o caso apreciado pela Corte ocorre se algum Estado, no exercício de uma verdadeira *actio popularis,* ingressar com a ação contra o Estado violador. Mesmo nesse caso, o procedimento perante a Comissão é obrigatório.

Em 2007, a Comissão julgou inadmissível a petição proposta pela Nicarágua contra Costa Rica. Em 2010, mostrando uma nova posição dos Estados, a Comissão *aceitou* a petição do Equador contra a Colômbia, pela morte de um nacional equatoriano (Senhor Franklin Guillermo Aisalla Molina) durante o ataque colombiano ao acampamento da guerrilha colombiana em território equatoriano em 2008.

13.2. A COMISSÃO IDH E O TRÂMITE DAS PETIÇÕES INDIVIDUAIS

13.2.1. Provocação e condições de admissibilidade

A Comissão é provocada por meio de uma petição escrita, que pode ser de (i) autoria da própria vítima, (ii) de terceiros, incluindo as organizações não governamentais (demandas individuais), ou ainda (iii) oriunda de outro Estado (demandas interestatais, de impacto reduzido – até hoje, apenas 2 casos). Em sua petição internacional, o representante deve apontar os fatos que comprovem a violação de direitos humanos denunciada, assinalando, se possível, o nome da vítima e de qualquer autoridade que tenha tido conhecimento da situação.

As condições de admissibilidade da petição individual à Comissão IDH são as seguintes:

i) o esgotamento dos recursos locais;

ii) ausência do decurso do prazo de seis meses, contados do esgotamento dos recuros internos, para a apresentação da petição;

iii) ausência de litispendência internacional, o que impede o uso simultâneo de dois mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos; e

iv) ausência de coisa julgada internacional, o que impede o uso sucessivo de dois mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos.

O esgotamento dos recursos internos exige que o peticionante prove que tenha esgotado os mecanismos internos de reparação, quer administrativos, quer judiciais, antes que sua controvérsia possa ser apreciada perante o Direito Internacional. Fica respeitada a soberania estatal ao se enfatizar *o caráter subsidiário da jurisdição internacional*, que só é acionada após o esgotamento dos recursos internos.

Contudo, os Estados têm o dever de prover recursos internos aptos a reparar os danos porventura causados aos indivíduos. No caso de inadequação destes recursos, o Estado responde *duplamente*: pela violação inicial e também por não prover o indivíduo de recursos internos aptos a reparar o dano causado.

Há casos de dispensa da necessidade de prévio esgotamento dos recursos internos, a saber:

1) não existir o devido processo legal para a proteção do direito violado;

2) não se houver permitido à vítima o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los;

3) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos (artigo 46.2);

4) o recurso disponível for inidôneo (por exemplo, o recurso não é apto a reparar o dano);

5) o recurso for inútil (por exemplo, já há decisão da Suprema Corte local em sentido diverso) ou

6) faltam defensores ou há barreiras de acesso à justiça.

Atualmente, a Corte IDH consagrou o entendimento que a exceção de admissibilidade por ausência de esgotamento dos recursos internos tem que ser invocada pelo Estado já no procedimento perante à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim, se o Estado *nada* alega durante o procedimento perante a Comissão, subentende-se que houve desistência tácita dessa objeção. Após, não pode o Estado alegar a falta de esgotamento, pois seria violação do *princípio do estoppel,* ou seja, da proibição de se comportar de modo contrário a sua conduta anterior (*non concedit venire contra factum proprium).*

13.2.2. A conciliação perante a Comissão

Passada a *fase da admissibilidade* da petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ingressa-se na *fase conciliatória*. Caso tenha sido obtida a solução amigável entre a vítima e o Estado infrator, a Comissão elabora seu relatório, contendo os fatos e o acordo alcançado, sendo o mesmo remetido ao peticionário, aos Estados e também ao Secretário-Geral da OEA.

Há vários exemplos bem-sucedidos de conciliação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, envolvendo diversos países. O primeiro caso brasileiro que foi objeto de conciliação foi o *Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão* em 2005[13].

13.2.3. As medidas cautelares da Comissão

O novo regulamento da Comissão, reformado em 2013, prevê a oitiva do Estado antes da edição de medidas cautelares pela Comissão, para prevenir danos irreparáveis ou perecimento de direito. Contudo, em casos de gravidade e urgência, a Comissão ainda pode adotar medidas cautelares *sem ouvir* o Estado para evitar dano irreparável referente a um caso.

Em março de 2011, a Comissão adotou *medida cautelar requerendo a suspensão da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte,* a principal obra de fornecimento de energia do Brasil nos últimos anos, por ofensa a diversos direitos dos povos indígenas. Após veemente recusa do Estado brasileiro em cumprir tal deliberação, a Comissão modificou sua posição e decidiu que a obra poderia continuar desde que fossem tomadas cautelas na preservação dos direitos até deliberação final da Comissão.

O episódio mostrou que a ausência de previsão expressa das medidas cautelares da Comissão na Convenção Americana de Direitos Humanos faz com que os Estados Partes da

Convenção não aceitem sua força vinculante. Por outro lado, a Comissão pode requerer medidas provisórias à Corte IDH, que possuem – de modo expresso – previsão na Convenção.

13.2.4. O Primeiro Informe e possível ação perante a Corte IDH

No caso de constatação de violação de direitos humanos, a Comissão elabora o chamado *Primeiro Informe ou Primeiro Relatório,* encaminhando-o ao Estado infrator. Cabe ao Estado cumprir as recomendações desse *primeiro relatório, que é confidencial*. Se em até três meses após a remessa ao Estado do primeiro relatório da Comissão, o caso não tiver sido solucionado (reparação dos danos pelo Estado), pode ser submetido à Corte, se (i) o Estado infrator houver reconhecido sua jurisdição obrigatória e (ii) se a Comissão entender tal ação conveniente para a proteção dos direitos humanos no caso concreto.

A prática interamericana contempla a prorrogação do prazo de três meses, bastando a anuência da Comissão e do Estado. O Estado é beneficiado pela prorrogação do prazo, pois teria mais tempo para evitar uma ação da Comissão perante a Corte de San José. Não pode, depois, justamente alegar perante a Corte IDH a decadência do direito da Comissão em propor a ação. Seria mais um exemplo do *princípio do estoppel,* também chamado de proibição de *venire contra factum proprium.*

Se o Estado não tiver reconhecido ainda a jurisdição da Corte (ou os fatos e repercussões dos fatos forem anteriores ao reconhecimento – vários Estados só aceitam a jurisdição da Corte para os casos futuros) e não tiver cumprido o Primeiro Informe, deve a Comissão Interamericana de Direitos Humanos elaborar um *segundo informe*.

13.2.5. O Segundo Informe

Esse Segundo Informe é público (diferentemente do Primeiro Informe, que é confidencial, restrito às partes) e só é elaborado na *ausência* de ação judicial perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este informe também *contempla recomendações ao Estado violador, com prazo para que as medidas requeridas sejam efetuadas*. Após o decurso desse prazo, a Comissão agrega a informação sobre o cumprimento das medidas requeridas, publicando o Segundo Informe. No caso de descumprimento do Segundo Informe, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos encaminha seu relatório anual à Assembleia Geral da OEA, fazendo constar as deliberações não cumpridas pelos Estados para que a *OEA* adote medidas para convencer o Estado a restaurar os direitos protegidos.

13.3. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

13.3.1. Composição e o juiz *ad hoc*

O segundo órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), é uma *instituição judicial autônoma*, não sendo órgão da OEA, mas sim da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Possui jurisdição contenciosa e consultiva (pode emitir pareceres ou opiniões consultivas, não vinculantes). *Não é obrigatório* o reconhecimento de sua jurisdição contenciosa: o Estado pode ratificar a Convenção Americana e não reconhecer a jurisdição da Corte IDH, que é

cláusula facultativa da Convenção. Esse reconhecimento será feito por declaração específica (art. 62 da Convenção). A jurisdição da Corte para julgar pretensas violações em face do Pacto de São José foi admitida, até o momento por 21 Estados (inclusive o Brasil), entre os 23 contratantes do Pacto (Venezuela retirou-se da Convenção em 2012), exercendo a Corte IDH jurisdição sobre cerca de 550 milhões de pessoas.

Apesar de ter ratificado e incorporado internamente a Convenção Americana de Direitos Humanos em *1992, foi somente em 1998* que o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Decreto Legislativo n. 89/98 aprovou tal reconhecimento em 3 de dezembro de 1998. Por meio de nota transmitida ao Secretário-Geral da OEA no dia 10 de dezembro de 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte. Curiosamente, o Poder Executivo editou o Decreto n. 4.463 somente em 8 de novembro de 2002, promulgando o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana no território nacional quase quatro anos após o reconhecimento internacional.

A Corte IDH é composta por sete juízes, cuja escolha é feita pelos Estados Partes da Convenção, em sessão da Assembleia Geral da OEA, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados. Os juízes da Corte serão eleitos para um mandato de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez.

Além dos 7 juízes, determinado caso pode ter um "juiz *ad hoc*" na jurisdição contenciosa, caso o Estado Réu não possua um juiz de sua nacionalidade em exercício na Corte. A Corte IDH restringiu em 2009 – por meio de Opinião Consultiva n. 20 – a interpretação do art. 55 da Convenção, que trata do juiz *ad hoc*, eliminando tal figura nas demandas iniciadas pela Comissão a pedido de vítimas (ou seja, todas até o momento) e mantendo-o somente para as demandas originadas de comunicações interestatais.

Também em 2009, na mesma Opinião Consultiva n. 20, a Corte restringiu a possilidade do juiz que porventura possuir a mesma nacionalidade do Estado Réu atuar no caso. Somente o fará nas demandas interestatais (inexistentes, até o momento). Nas demandas iniciadas pela Comissão a pedido das vítimas, o juiz da nacionalidade do Estado Réu deve se abster de participar do julgamento, tal qual ocorre com o Comissário da nacionalidade do Estado em exame, que não pode participar das deliberações da Comissão.

13.3.2. Funcionamento

A Corte fez sua primeira sessão em 1979. Seu funcionamento ocorre em sessões ordinárias e extraordinárias, uma vez que a Corte IDH não é um tribunal permanente. Os períodos extraordinários de sessões deverão ser convocados pelo seu presidente ou por solicitação da maioria dos juízes.

O *quorum* para as deliberações da Corte IDH é de cinco juízes, sendo que as decisões da Corte serão tomadas pela maioria dos juízes presentes. Em caso de empate, o presidente terá o voto de qualidade.

Os idiomas oficiais da Corte são os da OEA, ou seja, o espanhol, o inglês, o português e o francês. Os idiomas de trabalho são escolhidos anualmente pela Corte. No trâmite de casos contenciosos, pode ser adotado o idioma do Estado Réu.

A sede da Corte é em San José da Costa Rica, podendo a Corte realizar sessões em outros

países, para difundir seu trabalho.

A Corte possui jurisdição contenciosa e consultiva (pode emitir pareceres ou opiniões consultivas, não vinculantes).

13.3.3. Legitimidade ativa e passiva nos processos contenciosos

Somente *Estados* que tenham reconhecido a jurisdição da Corte e a *Comissão* podem processar Estados perante a Corte Interamericana. Assim, os indivíduos *dependem* da Comissão ou de outro Estado (*actio popularis*) para que seus reclamos cheguem à Corte IDH.

Já a legitimidade *passiva* é sempre do *Estado*: a Corte IDH não é um Tribunal que julga pessoas, o que será debatido mais abaixo.

A Corte julga, assim, uma *ação de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos*[14].

13.3.4. A petição inicial e o defensor público interamericano

A Comissão, em no máximo três meses após o não acatamento das conclusões do seu Primeiro Informe pelo Estado infrator, pode acioná-lo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*, caso* o Estado tenha reconhecido a jurisdição da Corte. Os outros Estados contratantes, que tenham também reconhecido a jurisdição da Corte, podem acionar um Estado, já que a garantia de direitos humanos é uma obrigação objetiva, de interesse de todos contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ou mesmo o *próprio Estado* interessado pode propor a ação para substituir eventual relatório desfavorável da Comissão por uma sentença que o isente das violações apontadas. Como já abordado, o art. 51 da Convenção estabelece o prazo de até três meses contados da remessa do Primeiro Informe ou Relatório ao Estado interessado sobre o caso para que a Comissão acione a Corte.

A ação é iniciada pelo envio do Primeiro Informe da Comissão à Corte. As vítimas ou seus representantes são intimados a apresentar a *petição inicial* do processo internacional no prazo de dois meses. Após, todas as etapas processuais são focadas nas vítimas e no Estado Réu e, secundariamente, na Comissão como fiscal da lei (*custos legis*).

Há ainda o “Defensor Interamericano” que deve *representar judicialmente* às vítimas sem recursos (até 2009, a representação era feita pela própria Comissão).

A OEA fez convênio com a Associação Interamericana de Defensorias Públicas, que possui uma lista de *defensores públicos nacionais* especializados no sistema interamericano (que conta, inclusive, com defensores públicos brasileiros). Dessa lista, há a nomeação de um Defensor Público Interamericano às vítimas ou representantes que não possuam ainda representação jurídica, para atuar nos processos perante a Corte IDH.

13.3.5. Contestação, exceções preliminares e provas

O Estado Réu é notificado para oferecer sua *contestação* no prazo idêntico de dois meses. O Estado demandado pode não impugnar os fatos e as pretensões, acatando sua responsabilidade internacional. Nesse caso, a Corte estará apta a sentenciar. Caso queira contestar, deve já indicar as provas (inclusive as periciais), bem como os fundamentos de direito, as observações às reparações e às custas solicitadas, bem como as conclusões

pertinentes.

Na própria *contestação,* o Estado deve, caso queira, apresentar suas exceções preliminares. São exceções preliminares toda a matéria que impeça que a Corte se pronuncie sobre o mérito da causa, como, por exemplo, ausência de esgotamento prévio dos recursos internos.

Ao opor exceções preliminares, deverão ser expostos os fatos, os fundamentos de direito, as conclusões e os documentos que as embasem, bem como o oferecimento de provas. A apresentação de exceções preliminares *não* suspenderá o procedimento em relação ao mérito, nem aos prazos e aos termos respectivos. A Comissão, as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar suas observações às exceções preliminares no prazo de 30 dias, contado a partir do seu recebimento. Quando considerar indispensável, a Corte poderá convocar uma audiência especial para as exceções preliminares, depois da qual sobre estas decidirá.

Ao fim desse contraditório, a Corte decidirá sobre as exceções preliminares, podendo arquivar o caso ou ordenar o seu prosseguimento. Porém, há vários casos nos quais a Corte prefere adotar uma única sentença, *contendo as exceções preliminares, o mérito e, inclusive, as determinações de reparações e as custas*. Assim, as exceções preliminares ficam no feito, que segue normalmente com a produção probatória, para serem decididas ao final em conjunto com o mérito.

Quanto às provas, são admitidos todos os modos de produção previstos também no direito brasileiro, como as provas testemunhais, periciais e documentais. As provas produzidas pela Comissão em seu procedimento próprio só serão incorporadas ao processo perante a Corte IDH *se* foram produzidas em procedimento que foi fruto do contraditório. A fase probatória encerra-se com a apresentação de alegações finais escritas pelas vítimas, Estado demandado e também a Comissão.

13.3.6. Os *amici curiae*

No Direito Internacional, o *amicus curiae (*na tradução literal, amigo do Tribunal) consiste em *um ente que não é parte na disputa e que oferece a determinada Corte Internacional uma perspectiva própria, argumentos ou determinado saber* especializado, que poderão ser *úteis* na tomada de decisão.

A petição escrita do *amicus curiae* na jurisdição contenciosa poderá ser apresentada a qualquer momento do processo até a data limite de 15 dias posteriores à celebração da audiência de coleta de testemunhos. Nos casos em que não se realize audiência, deverá ser remetido dentro dos 15 dias posteriores à resolução correspondente na qual se outorga prazo para o envio de alegações finais. Após consulta à Presidência, o escrito de *amicus curiae*, junto com seus anexos, será posto imediatamente em conhecimento das partes para sua informação.

13.3.7. As medidas provisórias

A Corte, nos casos sob sua apreciação, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes para, em casos de extrema gravidade e urgência, evitar danos

irreparáveis às pessoas. A melhor terminologia seria, naturalmente, medidas cautelares*,* cuja necessidade é evidente, pois em nada serviria o processo internacional se a Corte IDH não pudesse proteger, *in limine*, as pessoas de danos irreparáveis. A Corte, nos casos sob sua análise, pode agir *ex officio* ou ainda por provocação das *vítimas ou representantes*. Tratando-se de casos ainda *não* submetidos à sua consideração, a Corte *só* poderá atuar por solicitação da *Comissão*.

O Estado deve cumprir as medidas provisórias e informar periodicamente a Corte IDH. A Corte incluirá em seu relatório anual à Assembleia Geral uma relação das medidas provisórias que tenha ordenado durante o período do relatório e quando tais medidas *não* tenham sido devidamente executadas.

Em relação ao Brasil, houve recentemente a edição de várias medidas provisórias a pedido da Comissão em casos *ainda não* submetidos à jurisdição da Corte, a *saber* Caso da Penitenciária de Urso Branco (já arquivado pela Comissão); Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no "Complexo do Tatuapé" da FEBEM e Caso das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária "Dr. Sebastião Martins Silveira" em Araraquara, São Paulo.

13.3.8. Desistência, reconhecimento e solução amistosa

O processo perante a Corte IDH pode ser abreviado em três situações:

• solução amistosa, que consiste no acordo entre as vítimas e o Estado Réu, fiscalizado pela Corte, que pode – ou não – homologá-lo;

• desistência por parte das vítimas, mas a Corte, ouvida a opinião de todos os intervenientes no processo, decidirá sobre sua procedência e seus efeitos jurídicos;

• reconhecimento do pedido (total ou parcial), pelo qual o Estado Réu acata as pretensões das vítimas, cabendo à Corte decidir sobre os efeitos do reconhecimento.

Nas três situações (desistência, reconhecimento e solução amistosa) não há automatismo na eventual extinção do processo. A natureza das obrigações em jogo exige que a Corte zele pela *indisponibilidade* dos direitos humanos, mesmo na existência de um acordo. Por isso, mesmo em presença desse tipo especial de vontade das partes (desistindo, reconhecendo ou mesmo entrando em acordo), a Corte IDH poderá decidir pelo prosseguimento do exame do caso.

13.3.9. A sentença da Corte: as obrigações de dar, fazer e não fazer

A Corte IDH pode decidir pela procedência ou improcedência, parcial ou total, da *ação de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos*. O conteúdo da sentença de procedência consiste em assegurar à vítima o gozo do direito ou liberdade violados. Consequentemente, a Corte IDH pode determinar toda e qualquer conduta de reparação e garantia do direito violado, abrangendo obrigações de dar, fazer e não fazer.

Há o dever do Estado de cumprir integralmente a sentença da Corte, conforme dispõe expressamente o art. 68.1 da seguinte maneira: "Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes". É tarefa do Estado escolher o meio de execução, que em geral depende do tipo de órgão imputado (por exemplo, se judicial ou não) e de seu *status* normativo.

Importante ressaltar também que essa aparente liberdade dos Estados em definir os meios

internos de execução de sentença internacional foi reduzida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 68.2, o qual dispõe que, no tocante a parte da sentença relativa à indenização compensatória, esta seria executada de acordo com o *processo interno de execução de sentença contra* o *Estado*.

No caso de não cumprimento *sponte propria* das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o art. 65 da Convenção Americana de Direitos Humanos possibilita à Corte Interamericana de Direitos Humanos a inclusão dos casos em que o Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças no seu relatório anual à Assembleia Geral da OEA. Além disso, a Corte IDH exige que o Estado condenado apresente relatórios periódicos de cumprimento da sentença. Quando considere pertinente, a Corte poderá convocar o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência para supervisar o cumprimento de suas decisões, ouvindo-se a Comissão.

13.3.10. O recurso cabível

A sentença da Corte IDH é *definitiva e inapelável*. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, cabe à parte (vítima ou Estado) ou ainda à Comissão interpor *recurso ou pedido de interpretação*, semelhante aos nossos embargos de declaração, cujo prazo para apresentação é de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Além disso, a Corte poderá, por iniciativa própria ou a pedido de uma das partes, apresentado no mês seguinte à notificação, *retificar* erros notórios, de edição ou de cálculo. Se for efetuada alguma retificação, a Corte notificará a Comissão, as vítimas ou seus representantes e o Estado.

13.3.11. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: casos contenciosos

A Corte IDH possui aproximadamente 200 casos contenciosos, incluindo os de medidas provisionais, de 1979 (1ª sessão da Corte) a 2012. Entre os casos mais renomados (sem contar os brasileiros), citem-se[15]:

• Velasquez Rodriguez

Tratou-se de desaparecimentos forçados de pessoas por agentes da ditadura militar de Honduras nos anos 80 do século passado. O Caso Velasquez Rodriguez em conjunto com o Caso Godinez Cruz e Fairén Garbi e Solís Corrales representam os três primeiros julgamentos de mérito da Corte IDH, em 1989 (casos hondurenhos, pois todos foram contra Honduras). A Corte inverteu contra o Estado o ônus da prova no caso de desaparecimentos. Fixou-se indenizações por danos materiais e morais aos familiares das vítimas e também determinou-se investigações e punições criminais aos responsáveis.

• Genie Lacayo

Tratou-se de assassinato do jovem Genie Lacayo, que não foi investigado apropriadamente em virtude do envolvimento de membros das forças de segurança de alto governante da Nicarágua (também é conhecido como o "Caso da Comitiva de Ortega"). A Nicarágua foi condenada pela violação do direito à verdade e justiça dos familiares da vítima assassinada. Assim, a Corte decidiu, em 1997, que houve violação do direito da vítima a um processo

contra os violadores de direitos humanos com duração razoável (art. 8º da Convenção).

• Loayza Tamayo

Tratou-se de condenações injustas realizadas pelo Judiciário peruano contra a Sra. Tamayo, suposta apoiadora da guerrilha do Sendero Luminoso. O Peru foi condenado, em 1997, pela violação ao direito à liberdade, à integridade pessoal (maus-tratos, exibição pública em trajes infamantes), ao devido processo legal (*juízes sem rosto, foro militar, juiz parcial*) e em especial a violação à proibição do *bis in idem*. Com isso, fixou-se o repúdio da Corte a medidas excepcionais de julgamento de supostos colaboradores do terrorismo.

• Caso Castillo Petruzzi (Caso dos "juízes sem rosto")

Tratou-se de julgamento de civil por juízo militar no Peru, com a participação de juízes e promotores "sem rosto", ou seja, sem que a *Defesa* pudesse conhecer e impugnar o juiz natural e o promotor natural. O Peru foi condenado em 1999 pois, para a Corte IDH, o foro militar é excepcional e serve somente para julgamento de ofensas disciplinares, não podendo julgar civis. Além disso, não podem oficiar juízes ou promotores "sem rosto". O processo penal público deve ser a *regra* e o advogado deve ter *condições* para o exercício de sua defesa técnica.

• Villagran Morales (ou "Caso dos Meninos de Rua")

Tratou-se de sequestro, tortura e morte, por parte de agentes do Estado, de menores de rua na Guatemala. A Corte IDH determinou o dever do Estado de zelar pela vida digna das crianças nessa condição, dando conteúdo social ao conceito de "direito à vida" previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos. Nos votos concorrentes dos Juízes Cançado Trindade e Burelli foi retomado o conceito da reparação do "projeto de vida" (visto pela primeira vez no Caso Tamayo), ou seja, o dever do Estado de recompor a situação provável de desenvolvimento pessoal e profissional de cada indivíduo, que é interrompida e modificada em virtude de violações de direitos humanos.

• Olmedo Bustos (Caso "A última tentação de Cristo")

Tratou-se de censura à exibição do filme "A Última Tentação de Cristo" no Chile, fundada no art. 19, inciso 12, de sua Constituição, confirmada pelo Poder Judiciário local. A Corte IDH determinou que, mesmo diante de norma constitucional, deve o Estado cumprir a Convenção Americana de Direitos Humanos, devendo, então, alterar sua própria Constituição. A Corte decidiu que a censura prévia ao filme em questão violou os direitos à liberdade de expressão e liberdade de consciência consagrados nos arts. 12 e 13 da Convenção, em detrimento da sociedade chilena. O Chile, após, alterou sua Constituição.

• Caso Barrios Altos *vs*. Peru (sentença de 14-3-2001)[16]

Este caso faz referência a um massacre ocorrido em Lima, inserido nas práticas estatais de extermínio conduzido pelo Exército peruano de Fujimori. As leis de anistia que impediram a responsabilização criminal dos indivíduos ligados ao massacre foram consideradas pela CtIDH incompatíveis com as garantias outorgadas pelos arts. 8º e 25 da CADH. Este caso é *paradigmático* por estabelecer a invalidade das leis de anistia de medidas que impliquem a impunidade de agentes responsáveis por graves violações de Direitos Humanos (ver também sobre esse tema os comentários aos casos Almonacid – Chile e Gomes Lund-Brasil).

• Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs*. Nicarágua (sentença de 31-8-

2001)

O caso Comunidad Mayagna Awas Tingni expandiu a extensão da proteção conferida pelo art. 21 da CADH, no sentido de não apenas proteger a propriedade privada, mas também a *propriedade comunal dos povos indígenas*, conforme todas as particularidades que este grupo exige. Além disso, a Corte estabeleceu restrições para a outorga a terceiros de direitos de exploração sobre recursos naturais em territórios indígenas.

• Caso Cantos *vs*. Argentina (sentença de exceções preliminares de 7-9-2001)

A Corte IDH admitiu que, em determinadas circunstâncias, os indivíduos peticionem à Comissão mesmo quando envolvidas pessoas jurídicas. Apesar de a sentença de mérito não ter incluído violações cujas vítimas fossem propriamente as empresas das quais o *Sr. Cantos era acionista*, este caso é um importante precedente na tendência crescente do sistema de reconhecer o caráter *eminentemente coletivo* de alguns direitos, como a liberdade de expressão e a propriedade comunal indígena.

• Caso "Instituto de Reeducación del Menor" *vs*. Paraguay (sentença de 2-9-2004)

Este caso está ligado à ocorrência de sucessivos incêndios que feriram e mataram crianças em um estabelecimento de detenção. A Corte detalhou os parâmetros que o sistema de detenção juvenil deve seguir, além da obrigação de plena separação entre crianças e adultos em estabelecimentos prisionais. Além disso, a Corte amenizou o requisito de *individualização das vítimas* no procedimento perante a Comissão (que não havia cumprido plenamente esta exigência no momento da apresentação do caso). A Corte admitiu a complementação posterior feita pela Comissão e rejeita a exceção preliminar relativa à não individualização das vítimas proposta pelo Paraguai.

• Caso Yatama *vs*. Nicarágua (sentença de 23-6-2005)

Na sua primeira oportunidade para decidir sobre os *direitos políticos* de povos indígenas, a Corte IDH analisou as normas eleitorais da Nicarágua que exigiam que o partido indígena Yatama possuísse candidatos em 80% dos municípios. O fato de o Yatama não ter conseguido ser admitido no pleito eleitoral, nem mesmo nas regiões em que tinha lideranças e estruturas, fez com que a Corte concluísse que o Estado estava restringindo de forma *desproporcional* os direitos políticos dos povos indígenas ao exigir dos candidatos indígenas formas de organização política que eram *estranhas* aos seus costumes e tradições.

• Caso de las Niñas Yean y Bosico *vs*. República Dominicana (sentença de 8-9-2005)

Tratou-se, no caso, de filhas de mães dominicanas e pais haitianos, as meninas Dilcia Yean e Violeta Bosico, que foram privadas do *direito à nacionalidade* e permaneceram *apátridas* por mais de quatro anos graças a sucessivas exigências de documentação feitas pela República Dominicana para realizar o registro tardio de nascimento das meninas. Em linha com o que já havia sido exposto na Opinião Consultiva n. 18 (ver tópico abaixo sobre a jurisdição consultiva), a Corte reafirmou que a não discriminação é um direito que independe de *status* migratório. Assim, a Corte considerou que a República Dominicana tinha práticas administrativas e medidas legislativas em matéria de nacionalidade que eram discriminatórias e que, por essa razão, agravaram a situação de vulnerabilidade das meninas e afetaram o gozo de outros direitos previstos na Convenção Americana, como o direito ao nome.

• Caso de las Masacres de Ituango *vs*. Colômbia (sentença de 1º-7-2006)

Em mais uma sentença que tratou das violações de Direitos Humanos cometidas por grupos paramilitares na Colômbia e das consequências relativas a deslocamentos forçados e assassinatos, este caso é paradigmático por ser o primeiro a abordar uma violação do art. 6.2 (*vid*e acima a análise, artigo por artigo da Convenção Americana). Referindo-se à *Convenção 29 da OIT*, a Corte IDH fixou os parâmetros para a identificação de um trabalho forçado: i) a ameaça de sanção; ii) o oferecimento não espontâneo para o trabalho; e iii) a atribuição da violação a agentes do Estado; sendo que os dois primeiros podem sofrer variações no grau com que se apresentam.

• Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile (sentença de 19-9-2006)

A Corte ampliou o conteúdo do art. 13 da CADH (liberdade de informação) para também proteger sua dimensão *coletiva* – direito de acesso público à informação. Como se tratava de acesso público a informação sobre impactos ambientais de uma obra, a Corte IDH analisou, ainda que indiretamente, o direito a um meio ambiente equilibrado. O Chile foi condenado, então, pela violação do art. 13 da Convenção por ofender o *princípio da máxima divulgação* e negar – sem a devida fundamentação –informações sobre os *impactos ambientais* que o projeto Río Condor teria sobre o desenvolvimento sustentável no país.

• Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile (sentença de 26-9-2006)

A Corte decidiu pela *incompatibilidade* entre uma lei de anistia e o Pacto de San José da Costa Rica, condenando o Chile pela *ausência de investigação e persecução criminal* dos responsáveis pela execução extrajudicial do Sr. Almonacid Arellano, durante a ditadura de Pinochet. Diferentemente do que ocorrera no Peru (*Barrios Alto,* conforme estudado acima), contudo, no Chile já tinha sido estabelecida uma *Comissão da Verdade* e outorgada reparação material e simbólica, dos quais os familiares de Sr. Almonacid Arellano se beneficiaram. Mesmo assim, a Corte determinou o cumprimento da obrigação de *investigação, persecução e punição criminal* e dos violadores bárbaros de direitos humanos, não sendo aceitável anistia a um grave crime contra a humanidade. O Chile foi condenado, então, pela violação do *direito à justiça das vítimas,* graças a uma interpretação ampla dos arts. 8º e 25, em relação aos arts. 1.1 e 2º da Convenção.

• Caso del Pueblo Saramaka *vs*. Suriname (sentença de 27-11-2007)

A Corte IDH decidiu que os Estados devem consultar os povos indígenas afetados por projetos de exploração de recursos naturais, com os seguintes parâmetros que essa consulta deve buscar o (i) consentimento livre, prévio e informado, (ii) deve garantir o acesso a informações sobre impactos sociais e ambientais, e (iii) deve respeitar os métodos tradicionais da comunidade para a tomada de decisões.

• Caso Acevedo Buendía e outros *vs*. Peru (sentença de 1º-7-2009)

Tratou-se do *descumprimento* de sentenças do Tribunal Constitucional do Peru relativas a *direitos previdenciários*. Aqui, a Corte analisou o art. 26 da CADH (direitos sociais em sentido amplo), firmando sua sua competência para a apreciação de sua violação. Contudo, no julgamento do caso, foi decidido que o Peru não impediu o desenvolvimento progressivo do direito à pensão, mas descumprido decisões judiciais, acabando por ofender o direito à propriedade.

• Caso González e outras (“Campo Algodonero”) *vs*. México (sentença de 16-11-2009)

Tratou-se de emblemático caso de *violência de gênero,* que envolveu o desaparecimento e assassinato de três mulheres cujos corpos foram encontrados em um campo algodoeiro em Ciudad Juárez (México). A Corte IDH analisou, pela primeira vez, a situação de violência estrutural de gênero. A sentença voltou-se, além da indenização aos familiares, também à promoção de medidas gerais de compatibilização do direito interno com parâmetros internacionais de proteção à mulher – sobretudo em relação à Convenção de Belém do Pará. Tendo em vista a existência de múltiplos casos de *feminicídio* que ocorrem em Ciudad Juárez, a Corte determinou a necessidade de as autoridades estatais adotarem medidas amplas de luta contra os casos de violência ligados a *estereótipos* de gênero socialmente dominantes, bem como combaterem a impunidade nos casos de violência contra as mulheres (mais um uso do Direito Penal pelos Tribunais de Direitos Humanos).

• Caso Vélez Loor *vs*. Panamá (sentença de 23-11-2010)

Tratou-se de caso envolvendo a situação da imigração irregular. No caso, Jesús Vélez Loor, cidadão equatoriano, foi preso e processado no Panamá por delitos relacionados à sua situação migratória. Apesar de os Estados poderem fixar políticas migratórias, são consideradas *arbitrárias* as políticas migratórias cujo eixo central é a *detenção obrigatória* dos migrantes irregulares, sem que as autoridades competentes verifiquem em cada caso em particular, e mediante uma avaliação individualizada, a possibilidade de utilizar medidas menos restritivas que sejam efetivas para alcançar os fins legítimos buscados. Além disso, a prisão ocorreu em condições desumanas e sem que lhe fossem asseguradas as garantias do devido processo, tendo sido o Panamá condenado por violações de dispositivos dos arts. 1.1, 2º, 5º, 7º, 8º, 9º e 25 da CADH, além dos arts. 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

• Caso Cabrera García e Montiel Flores *vs*. México (sentença de 26-11-2010)

Tratou-se de caso envolvendo prisão em condições degradantes, bem como de violação do devido processo posteriormente à prisão, e da falha na investigação e punição dos agentes responsáveis por toda esta situação e também pela tortura ocorrida. Destaque para a necessidade de exclusão de provas obtidas mediante coação e também das evidências que indiretamente se depreendam daquele ato irregular (regra de exclusão e prova ilícita por derivação).

• Caso Gelman *vs*. Uruguai (sentença de 24-2-2011)

Trata-se de caso envolvendo a parte uruguaia da *Operação Condor*[17]*,* com violações de direitos humanos que não foram devidamente punidas em função de uma lei de anistia (caso de justiça de transição). A Corte analisou a situação de pessoa (María Macarena) que, ao nascer, foi subtraída de seus pais biológicos – argentinos – por agentes da repressão e entregue *ilegitimamente* à adoção em família uruguaia. A negação de sua própria identidade configurou, para a Corte, um caso particular de desaparecimento forçado. O Uruguai foi condenado pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à família, à nacionalidade, ao nome e aos direitos da criança.

Entre os casos brasileiros, citem-se:

• *Damião Ximenes Lopes:* procedência

Datas – A Comissão recebeu a petição dos familiares em 22 de novembro de 1999 e apresentou o caso (n. 12.237) à Corte em 1º de outubro de 2004. Foram proferidas sentenças em 30 de novembro de 2005 (exceções preliminares) e 4 de julho de 2006 (mérito).

Conteúdo – O Sr. Damião Ximenes Lopes, pessoa com doença mental, foi assassinado cruelmente em 1999 na Casa de Repouso de Guararape (Ceará). Com a delonga nos processos cível e criminal na Justiça estadual do Ceará, a família peticiou à Comissão IDH alegando violação do direito à vida, integridade psíquica (dos familiares, pela ausência de punição aos autores do homicídio) devido processo legal em prazo razoável. Na sentença de mérito da Corte, ficou reconhecida a violação do direito à vida e à integridade pessoal, bem como das garantias judiciais, e, consequentemente, foram fixadas diversas obrigações de reparação.

Importância – É o primeiro caso envolvendo pessoa com deficiência na Corte IDH. A sentença expõe as mazelas do Brasil. Um cidadão, portador de doença mental, com as mãos amarradas, foi morto em Casa de Repouso situada em Guararapes (Ceará), em situação de extrema vulnerabilidade. Somente sete anos depois (2006) é que uma sentença restaurou, em parte, a justiça, concedendo *indenizações* (danos materiais e morais) e exigindo *punições criminais* dos autores do homicídio. Também ficaram estabelecidos deveres do Estado de elaboração de política antimanicomial. O caso mostra que o Brasil pode ser condenado por ato de *ente federado* ou por ato do *Poder Judiciário*, não sendo aceitas alegações como "respeito ao federalismo" ou "respeito à separação de poderes".

• *Gilson Nogueira Carvalho*: improcedência

Datas – A Comissão recebeu denúncia em 11 de dezembro de 1997 e apresentou o caso (n. 12.058) à Corte em 13 de janeiro de 2005. Sentença de 28 de novembro de 2006.

Conteúdo – O caso referiu-se a homicídio do Dr. Gilson Nogueira Carvalho, advogado defensor de direitos humanos no Estado do Rio Grande do Norte, possivelmente por membros de esquadrão da morte conhecido como "Meninos de Ouro". O Brasil foi acusado pela Comissão por não ter investigado e punido, a contento, os responsáveis pela morte do Sr. Gilson, violando o direito de acesso à justiça por parte das vítimas (direito à verdade e à justiça). Entretanto, a Corte considerou a ação da Comissão improcedente, uma vez que, para a Corte, a obrigação de investigar, perseguir criminalmente e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos é uma obrigação de meio e não de resultado. Malgrado, então, os resultados pífios (apenas um dos pretensos responsáveis foi processado e absolvido pelo Júri popular), a Corte considerou que o Brasil esforçou-se para cumprir suas obrigações internacionais de garantia de direitos humanos.

Importância – O caso mostra a importância do mecanismo coletivo de proteção de direitos humanos também para os Estados. O Brasil defendeu-se de modo adequado e a demanda internacional foi considerada improcedente.

• *Escher e outros:* procedência

Datas – A Comissão recebeu petição em 26 de dezembro de 2000 e apresentou o caso (n. 12.353) à Corte em 20 de dezembro de 2007. Foram proferidas sentenças em 6 de julho de 2008 (exceções preliminares) e 20 de novembro de 2009 (mérito).

Conteúdo – A Corte condenou o Brasil pela violação do direito à privacidade e o direito à honra e à reputação, resultantes da interceptação, gravação e divulgação das conversas

telefônicas de vários indivíduos de movimentos sociais de modo totalmente indevido de acordo com a própria lei brasileira – houve pedido direto da Polícia Militar à Juíza de Direito de região do Paraná marcada por choques de fazendeiros e "sem terra", sem notificação ao Ministério Público e sem investigação criminal formal, servindo apenas para controle dos movimentos populares. Ademais, a Corte considerou que o Brasil violou o direito à liberdade de associação reconhecido no art. 16 da Convenção Americana, uma vez que as interceptações telefônicas ilegais tinham como propósito embaraçar o funcionamento de associações legítimas relacionadas a movimentos sociais. O Brasil foi condenado a pagar indenizações e investigar e punir os responsáveis pelas violações acima mencionadas.

Importância – A Corte traçou importantes parâmetros para o tratamento do direito à privacidade e à honra, em um contexto de disputa agrária entre fazendeiros e membros de movimentos populares de reforma agrária, que, de modo ilegal, foram submetidos à interceptação telefônica autorizada pelo Judiciário do Paraná, sem ciência do MP e sem investigação criminal formal.

• *Garibaldi:* procedência

Datas – A Comissão recebeu petição sobre o caso em 6 de maio de 2003 e apresentou o caso (n. 12.478) à Corte em 24 de dezembro de 2007. A sentença foi proferida em 23 de setembro de 2009.

Conteúdo – Tratou-se do homicídio do Sr. Garibaldi, militante do movimento "sem terra", que foi assassinado por milícia rural em uma invasão de terras no Paraná, na mesma região do Caso Escher. O Brasil foi condenado por ter descumprido, graças a falhas gritantes do inquérito policial, sua obrigação de investigar e punir as violações de direitos humanos. A Corte concluiu que o lapso de mais de cinco anos que demorou o procedimento interno – apenas na fase de investigação dos fatos – ultrapassou excessivamente o chamado "prazo razoável" para que um Estado realize as diligências de investigação criminal, constituindo uma *denegação de justiça criminal em prejuízo dos familiares de Sétimo Garibaldi*. Assim, declarou haver violação aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (direito à verdade e à justiça).

Importância – Na mesma região e no mesmo contexto de disputa agrária do Caso Escher, a Corte IDH exigiu o respeito ao devido processo legal penal e ao direito das vítimas à justiça, punindo-se o assassino do Sr. Garibaldi. Essa *faceta punitiva* da Corte IDH exige modificações no obsoleto sistema do inquérito policial brasileiro, que elucida pouco menos de 8% dos crimes contra a vida.

• *Gomes Lund e outros* (Caso "Guerrilha do Araguaia": procedência)

Datas – A Comissão recebeu a representação em 7 de agosto de 1995 (caso n. 11.552) e processou o Brasil perante a Corte em 26 de março de 2009. A sentença foi proferida em 24 de novembro de 2010.

Conteúdo – Tratou-se de ação promovida pela Comissão pelo *desaparecimento forçado* de mais de 60 pessoas que lutaram contra a ditadura militar brasileira, em geral membros do Partido Comunista do Brasil (PC do B), na região do Araguaia (Tocantins), durante o início da década de 70 do século XX. O destino (torturados, assassinados etc.) e os eventuais restos mortais dos guerrilheiros jamais foram revelados pelo Exército. A Corte declarou o Estado

responsável pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade física e à liberdade pessoal (pelo desaparecimento forçado), às garantias judiciais e de proteção judicial (pela falta de investigação dos fatos e do julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas, e pela delonga no processamento dos acusados). Também o declarou responsável pela violação ao direito à liberdade de pensamento e de expressão, ao direito de buscar e receber informação e ao direito à verdade. Por tudo isso, a Corte determinou que o Estado realizasse uma série de medidas para reparação dos danos causados, dentre elas promover todos os esforços para determinar o paradeiro das pessoas desaparecidas e ainda investigar, processar e punir, no foro criminal comum (e não na justiça militar), os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos na ditadura militar. A Corte declarou a anistia aos agentes da ditadura militar incompatível com a Convenção.

Importância – O julgamento da Corte representou importante contribuição no tratamento do caso de desaparecimento forçado de pessoas em período de regime militar, em benefício dos familiares dos desaparecidos. Novamente, a Corte IDH enfatizou o direito à justiça e à verdade, exigindo punições penais aos violadores de direitos humanos. Também enfatizou que o controle de convencionalidade internacional deve ser respeitado, tendo considerado inconvencional a Lei da Anistia.

13.3.12. A jurisdição consultiva da Corte IDH

A Corte IDH pode emitir pareceres consultivos (também chamados de opiniões consultivas), sobre a (1) interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos diretos humanos nos Estados americanos (mesmo os tratados universais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis Políticos etc.) e sobre a (2) compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Podem solicitar pareceres consultivos:

• Sobre a interpretação da Convenção e outros tratados de direitos humanos aplicáveis nos Estados Americanos: (i) Estados-membros da OEA, (ii) Comissão IDH (que possui pertinência temática universal, podendo pedir parecer sobre qualquer dispositivo da Convenção qualquer tratado de direitos humanos incidente nos Estados Americanos), (iii) outros órgãos da OEA com pertinência restrita a temas de direitos humanos de sua atuação.

• Sobre a compatibilidade de lei interna: Estados-membros da OEA.

Até janeiro de 2012, a Corte americana expediu vinte pareceres consultivos, todos requeridos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou por Estados Partes da Convenção que já reconheceram a jurisdição obrigatória da Corte de San José. Os outros Estados da OEA não têm utilizado a faculdade de solicitar parecer consultivo, a eles conferida pelo art. 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos[18].

Em julho de 2011, em uma iniciativa inédita, os quatro países-membros do Mercosul (Mercado Comum do Sul), Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, apresentaram em conjunto um pedido de opinião consultiva (pois o Mercosul não possui legitimidade para tanto) sobre os direitos de crianças e adolescentes migrantes, que já foi aceito pela Corte e está em trâmite.

QUADRO SINÓTICO

Comissão Interamericana de Direitos Humanos	
Criação	1959, por resolução da OEA. Em 1967, foi inserida formalmente na Carta da OEA pelo Protocolo de Buenos Aires. Sede: Washington (EUA).
Composição	Sete Comissários, eleitos pela Assembleia Geral da OEA, para mandato de quatro anos, com a possibilidade de uma recondução.
Competência	• De acordo com as competências previstas na Carta da OEA e estatuto da Comissão – promover estudos e capacitação em direitos humanos – criar relatorias especiais de direitos humanos em temas ou países – receber petições de vítimas de violação de direitos humanos e recomendar reparação • De acordo com as competências previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos – receber petições de vítimas, recomendar reparação de danos aos Estados e, caso (i) não cumprida a reparação e (ii) caso o Estado infrator tenha reconhecido a jurisdição da Corte IDH, encaminhar o caso à Corte – solicitar opiniões consultivas – atuar nos processos perante a Corte IDH como *custos legis*

Corte Interamericana de Direitos Humanos	
Criação	Pela Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. A Convenção entrou em vigor somente em 1978 e a 1ª sessão da Corte IDH ocorreu em 1979. Sede: San José da Costa Rica.
Composição	Sete juízes, escolhidos pelos Estados Partes da Convenção, para um mandato de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez.
Competência	Julgar casos de violação da Convenção, emitindo sentenças vinculantes, em casos encaminhados pela Comissão IDH ou Estados Partes da Convenção que tenham reconhecido a jurisdição da Corte. Emitir opiniões consultivas, não vinculantes.

1 Para maior desenvolvimento, ver, por todos, CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

2 CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

3 As agências especializadas são organizações internacionais, com personalidade jurídica própria e distinta da personalidade

jurídica da ONU, que possuem objetivos comuns aos da ONU e celebraram acordos de colaboração e coordenação com a ONU. Há agências até anteriores à ONU (Organização Internacional do Trabalho, por exemplo, é de 1919).

4 Foi adotado pelo Brasil em 13 de março de 2001, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 107, de 6 de junho de 2002, e ratificado em 28 de junho de 2002. Foi promulgado pelo Decreto n. 4.316, de 30 de julho de 2002, mas entrou em vigor apenas em 28 de setembro de 2002, e, portanto, após a entrada em vigor da Convenção.

5 CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos.*2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

6 *Vide* mais detalhes em CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

7 Apenas em 12 de junho de 2003 (quase um ano depois) houve a internalização do referido ato, por meio da edição de Decreto n. 4.738/2003.

8 Decreto n. 4.316, de 30 de julho de 2002.

9 Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

10 Ver o quadro das ratificações do Protocolo em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 11 fev. 2011.

11 Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007.

12 CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

13 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Casos n. 12.426 e 12.427, ambos de 2001. CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

14 Sobre as minúcias da responsabilidade internacional por violação de direitos humanos, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

15 CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos em juízo*: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

16 Agradeço à *Raquel Cruz Lima*, brilhante acadêmica das Arcadas e mestranda sob minha orientação da mesma instituição, pela pesquisa dos casos.

17 A chamada Operação Condor foi uma união de forças das ditaduras da Argentina, Uruguai, Brasil e Chile, para troca de informação, tortura, perseguição e assassinatos dos opositores.

18 CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

V.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E OS DIREITOS HUMANOS

1. Os Tribunais precursores: de Nuremberg a Ruanda

A implementação *direta* do Direito Internacional Penal por tribunais internacionais remonta ao artigo 227 do Tratado de Versailles, que previa um "tribunal especial" com juízes das potências vencedoras para julgar o Kaiser Guilherme da Alemanha vencida. A pena seria determinada pelo próprio Tribunal. A Holanda jamais extraditou o Kaiser, que lá obtivera asilo após a Guerra e tal julgamento nunca ocorreu. Contudo, houve uma ruptura de paradigma no Direito Internacional: até então o julgamento penal dos indivíduos era de atribuição *exclusiva* dos Estados. A *responsabilidade internacional penal* do indivíduo despontava.

Em 1937, a Liga das Nações elaborou convenção sobre a prevenção e repressão do terrorismo, que contemplava a *criação de um Tribunal Penal Internacional*, porém com apenas uma ratificação o tratado nunca entrou em vigor. Esse tratado foi feito em reação ao terrorismo após os assassinatos do Ministro das Relações Exteriores da França, Louis Barthou, e do Rei da Iugoslávia, Alexandre I, em Marseille, por terroristas croatas em 1934.

Em 1945, finalmente um tribunal internacional penal foi criado. Pelo Acordo celebrado em Londres em 8 de agosto de 1945 foi estabelecido o *Tribunal Internacional Militar*, tendo como partes originais o Reino Unido, Estados Unidos, União Soviética e França, bem como 19 Estados aderentes. Seu Anexo 2 continha o Estatuto do Tribunal Internacional Militar (TIM), que possuía *sede em Berlim*, realizando os julgamentos em Nuremberg (por isso, passou para a história como "*Tribunal de Nuremberg*").

Cada Estado celebrante indicou um nome para compor o colegiado de juízes (sem possibilidade para a defesa arguir impedimento ou suspeição), bem como uma parte acusadora (cada Estado celebrante indicou um nome) e defesa. No julgamento principal e que deu notoriedade ao Tribunal, os acusados foram *24 personalidades* do regime nazista, bem como organizações criminosas: SS, Gestapo, Partido Nazista, Estado-Maior das Forças Armadas e SA (*único* caso de tribunal internacional que julgou *pessoas jurídicas*).

O libelo acusatório contou com quatro crimes:

• *conspiracy* (figura do direito anglo-saxão, sem correspondência exata no direito brasileiro, mas que, por aproximação, se enquadraria na figura da reunião de agentes voltada para a prática de crime);

• crimes contra a paz (punição da guerra de agressão e conquista);

• crimes contra as leis e os costumes da guerra;

• crimes contra a humanidade, desde que *conexos* com os demais (*war nexum*).

Após três meses, com dezenas de oitivas e amplo material documental, as sentenças foram

prolatadas entre 30 de setembro e 1º de outubro de 1946, com várias condenações à morte (enforcamento).

O fundamento da jurisdição do TIM, apesar das controvérsias, é fundado no *direito internacional consuetudinário* de punição àqueles que cometeram *crimes contra os valores essenciais da comunidade internacional*. Discute-se, obviamente, a falta de tipificação clara de determinadas condutas e ainda a natureza *ex post facto* do tribunal.

Em 1947, a Comissão de Direito Internacional da ONU foi incumbida de *codificar* os princípios utilizados em Nuremberg, para consolidar o avanço do Direito Internacional Penal. Em 1950, a Comissão aprovou os seguintes sete princípios, também chamados de "princípios de Nuremberg":

1º) todo aquele que comete ato que consiste em crime internacional é passível de punição;

2º) lei nacional que não considera o ato crime é irrelevante;

3º) as imunidades locais são irrelevantes;

4º) a obediência às ordens superiores não são eximentes;

5º) todos os acusados têm direito ao devido processo legal;

6º) são crimes internacionais os julgados em Nuremberg;

7º) conluio para cometer tais atos é crime.

O segundo Tribunal internacional da história do século XX foi o *Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente*, com sede em Tóquio, criado em 1946 por ato unilateral dos Estados Unidos, potência ocupante, por intermédio do Chefe da Ocupação, General MacArthur, que editou suas regras de funcionamento. MacArthur nomeou 11 juízes, nacionais dos Aliados e os componentes da Promotoria. Coube ainda à potência ocupante determinar a lista de acusados e a *imunidade* ao Imperador Hiroíto e sua família. Julgou componentes do núcleo militar e civil do governo japonês por crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, sendo exigida conexão com os crimes contra a paz. Determinou *sete* penas de morte, por enforcamento, realizadas em 1948, bem como diversas penas de caráter perpétuo. No bojo da guerra fria e com o Japão como aliado contra os soviéticos, houve *concessão* de liberdade condicional aos presos a partir de 1952, por ordem do Presidente Truman (Estados Unidos). Em comparação, o último preso do julgamento de Nuremberg, Rudolf Hess, condenado a prisão perpétua em 1946, morreu na prisão de Spandau (Alemanha) em 1987.

A mesma guerra fria impediu que novos tribunais internacionais fossem estabelecidos: a Convenção pela Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio (1948) previu a instalação de um tribunal internacional para julgar esse crime (artigo VII), mas não houve continuidade. No seio das Nações Unidas, o projeto pelo estabelecimento de um código de crimes internacionais e de um tribunal internacional penal na Comissão de Direito Internacional ficou décadas (desde os anos 50) *sem* conseguir o consenso dos Estados.

Foi necessário esperar o fim da Guerra Fria, com a queda do Muro de Berlim e o desmantelamento do comunismo soviético (1989-1990) para que o Conselho de Segurança (CS) da ONU determinasse a criação de *dois* tribunais internacionais penais *ad hoc* e temporários.

Foi criado pela Resolução n. 827 do Conselho de Segurança de 1993, o Tribunal Penal

Internacional para os crimes contra o Direito Humanitário cometidos na ex-Iugoslávia, com o objetivo de processar os responsáveis pelas sérias violações ao direito internacional humanitário cometidas no território da antiga Iugoslávia desde 1991. O Estatuto do Tribunal Internacional Penal para a ex-Iugoslávia (*TPII, com sede em Haia*) fixou sua competência para julgar quatro categorias de crimes, a saber: graves violações às Convenções de Genebra de 1949; violações às leis e costumes da guerra; crimes contra a humanidade e genocídio.

Em 1994, com a Resolução n. 955, o Conselho de Segurança (CS) determinou a criação de um *segundo* tribunal internacional penal *ad hoc*, com o objetivo de julgar as graves violações de direitos humanos, em especial genocídio, ocorridas em Ruanda e países vizinhos durante o ano de 1994 (Tribunal Penal Internacional para os crimes ocorridos em Ruanda – TPIR). Os dois tribunais têm estruturas vinculadas, pois o Procurador do TPII também atua como órgão acusatório no TPIR; os juízes que compõem a Câmara de Apelação do TPII são também do órgão de apelação do TPIR, que possui sede em *Arusha* (Tanzânia).

Esses tribunais são importantes porque codificaram os elementos de crimes internacionais (como genocídio, crime contra a humanidade e crimes de guerra) associados ao devido processo legal, com direitos da defesa. Também adotaram o *princípio da primazia* da jurisdição internacional em detrimento da jurisdição nacional, dado o momento de desconfiança contra as instituições locais (da ex-Iugoslávia e de Ruanda). Assim, ficou determinado que cada um desses tribunais teria primazia sobre as jurisdições nacionais, podendo, em qualquer fase do processo, exigir oficialmente às jurisdições nacionais que abdicassem de exercer jurisdição em favor da Corte internacional. A *pena máxima é a pena de caráter perpétuo*, que, inclusive, já foi fixada em ambos os Tribunais nesses anos de funcionamento.

Com os dois tribunais *ad hoc,* aceleraram-se os esforços das Nações Unidas para a constituição de um Tribunal Internacional Penal *permanente*, para julgar os indivíduos acusados de cometer crimes de *jus cogens* posteriores à data de instalação do tribunal (evitando-se o estigma do tribunal *ad hoc* e as críticas aos “tribunais de exceção”), sob o pálio do devido processo legal, como veremos abaixo.

2. O Estatuto de Roma

Após anos de negociação no seio das Nações Unidas, em 1998, durante Conferência Intergovernamental em Roma (Itália), foi adotado o *texto* do tratado internacional que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), também chamado de “Estatuto de Roma”. Esse marco no Direito Internacional dos Direitos Humanos ocorreu justamente no ano da comemoração do 50º aniversário da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948-1998).

O texto do Estatuto foi adotado em Roma por 120 votos a favor, 7 votos contrários (Estados Unidos, China, Índia, Líbia, Iêmen, Israel e Catar) e 21 abstenções. Havia *expectativa pessimista* sobre a entrada em vigor do tratado, pois não cabia reservas (art. 120, impedindo exclusões ou modificações de dispositivos mais polêmicos) e exigiu-se o número mínimo de 60 ratificações para tanto (art. 126). Em 2002, contudo, o número foi atingido e, atualmente, 122 Estados são partes do Tribunal Penal Internacional (dados de 2013). Até hoje,

notam-se ausências expressivas, como as da China, Estados Unidos, Israel, Irã e Rússia.

O Estatuto de Roma foi aberto à assinatura dos Estados em 17 de julho de 1998 e entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002. No Brasil, foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 112, de 6 de junho de 2002, e entrou em vigor em 1º de setembro de 2002. Finalmente, foi promulgado pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

É composto de um preâmbulo e treze capítulos, com 128 artigos que englobam as regras referentes aos crimes, à investigação e processo, à cooperação e execução da pena, bem como ao financiamento das atividades.

O preâmbulo do Estatuto de Roma realça o *vínculo entre o direito penal e a proteção de direitos humanos* por meio do *combate à impunidade* e, consequentemente, evitando novas violações. No preâmbulo, estabeleceu-se que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais, pois crimes de tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade. O Tribunal tem personalidade jurídica internacional, com sede em *Haia* (Holanda), possuindo igualmente capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e cumprimento dos seus objetivos.

É um *tribunal independente da ONU* (diferente dos tribunais *ad hoc* da ex-Iugoslávia e Ruanda, criados pelo Conselho de Segurança da ONU), com personalidade jurídica própria, mas que, em face de seus objetivos, possui uma relação de *cooperação* com essa organização, enviando (i) relatos anuais à Assembleia Geral e ainda sendo (ii) obediente a determinadas ordens do Conselho de Segurança quanto ao início de um caso e suspensão de trâmite (*vide* abaixo).

O Tribunal é composto de quatro órgãos, a saber: Presidência, Divisão Judicial, Procuradoria (Ministério Público) e Secretariado (*Registry).*

São 18 juízes que compõem o tribunal, eleitos pelos Estados Partes para um *mandato de nove anos* (não podem ser reeleitos). A escolha deve recair sobre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países. No caso do Brasil, serão exigidos dos candidatos os requisitos para a nomeação ao posto de Ministro do Supremo Tribunal Federal, ou seja: notório saber jurídico, reputação ilibada e com mais de 35 anos e menos de 65 anos. Além disso, o Estatuto prevê que os juízes devem ser eleitos de modo a preencher, isonomicamente, *duas categorias*: a primeira categoria ("lista A") é composta por pessoas com experiência em Direito Penal e Processo Penal; a segunda categoria ("lista B") é composta por pessoas com competência em matérias relevantes de Direito Internacional, tais como o direito internacional humanitário e os direitos humanos.

Na seleção dos juízes, os Estados Partes devem ponderar a necessidade de assegurar que a composição do Tribunal inclua representação dos principais sistemas jurídicos do mundo, uma representação geográfica equitativa e uma representação justa de juízes do sexo feminino e do sexo masculino. No caso brasileiro, o Brasil indicou *Sylvia Steiner*, ex-Procuradora da República (Ministério Público Federal) e ex-Desembargadora Federal (Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na vaga do quinto constitucional do Ministério Público), eleita para a

primeira composição do TPI.

Os juízes são divididos em três grandes Seções: o Juízo de Instrução (*Pre-Trial Chamber*), o Juízo de Julgamento em 1ª Instância (*Trial Chamber)* e ainda o Juízo de Apelação (*Appeal Chamber)*.

O Ministério Público do TPI é capitaneado pelo Procurador, que atua com independência funcional, como órgão autônomo do Tribunal. Cabe ao Procurador receber comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de os examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao Tribunal. É eleito pela Assembleia dos Estados Partes para mandato de nove anos, não renovável. O primeiro Procurador eleito foi o *argentino Luiz Moreno-Ocampo*, escolhido em 2003. A partir de 2012, foi escolhida a *gambiana Fatu Bensouda* para ser Procuradora do TPI.

3. A fixação da jurisdição do TPI

A jurisdição do TPI de acordo com a matéria (*ratione materiae)* restringe-se aos crimes de *jus cogens,* que consistem em *crimes que ofendem valores da comunidade internacional*.

Os crimes que compete ao TPI julgar são:

• o genocídio;

• os crimes contra a humanidade;

• os crimes de guerra; e

• o crime de agressão, cujo tipo penal só foi acordado em 2010, na Conferência de Kampala, Uganda.

Porém, há a possibilidade de os Estados emendarem o Estatuto e ampliarem o rol desses crimes (hoje restritos às quatro espécies), permitindo que o TPI seja instrumento do incremento do número de crimes internacionais em sentido estrito.

No âmbito espacial, a jurisdição do TPI só pode ser exercida em quatro hipóteses, ou seja, quando o crime de *jus cogens* sujeito à jurisdição do Tribunal for:

i) cometido no território de um Estado Parte;

ii) ou por um nacional do Estado Parte;

iii) ou por meio de declaração específica do Estado não contratante (caso o crime tiver ocorrido em seu território ou for cometido por seu nacional);

iv) ou, na ausência de quaisquer hipóteses anteriores, ter o Conselho de Segurança adotado resolução vinculante *adjudicando o caso ao Tribunal Penal Internacional*. Foi o Caso de Darfur (Sudão), o primeiro no qual o Conselho de Segurança determinou o início das investigações, mesmo sem a ratificação, pelo Sudão, do Estatuto do TPI. Em 2011, houve mais uma resolução vinculante do CS, agora em relação aos crimes contra a humanidade realizados pelo Ditador Kadafi para abafar revolta popular contra sua longeva tirania (1969-2011).

No *âmbito temporal*, a jurisdição do TPI só pode ser invocada para os crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto, ou seja, *após 1º de julho de 2002*.

4. O princípio da complementaridade e o regime jurídico:

imprescritível e sem imunidades

O preâmbulo do Estatuto de Roma dispõe que "é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais". Logo, estabeleceu-se mais um exemplo da subsidiariedade da jurisdição internacional, tal qual ocorre com os tribunais internacionais de direitos humanos. O princípio que espelha essa subsidiariedade é o princípio da complementaridade. Por esse princípio, o TPI não exercerá sua jurisdição caso o Estado com jurisdição já houver iniciado ou terminado investigação ou processo penal, salvo se este não tiver "capacidade" ou "vontade" de realizar justiça. Nesse ponto, o próprio Estado Parte pode solicitar a intervenção do TPI ou ainda o próprio TPI pode iniciar as investigações e persecuções criminais. Assim, a jurisdição internacional penal é complementar à jurisdição nacional e só poderá ser acionada se o Estado não possuir vontade ou capacidade para realizar justiça e impedir a impunidade.

Além disso, o caso é também inadmissível se a pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, *salvo* se o julgamento for um simulacro para obter a impunidade e, finalmente, se o caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

A fim de determinar se há ou não vontade ou capacidade de um Estado em agir em um determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo Direito Internacional, deve verificar a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

a) intenção evidente do Estado de usar o processo nacional para subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, gerando impunidade;

b) delonga injustificada no processo;

c) condução tendenciosa e parcial, ou seja, incompatível com a intenção de fazer justiça;

d) eventual colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça, que, assim, não está em condições de realizar ou concluir o processo.

O art. 20, § 3º, do Estatuto chega ao ponto de esclarecer que o TPI não julgará de novo o criminoso, salvo se o processo criminal nacional tiver sido feito para obtenção da impunidade. Quem decide se o julgamento nacional, mesmo que chancelado pela Suprema Corte local, foi um simulacro para a obtenção da impunidade? *O próprio TPI*.

Assim, o princípio da complementaridade é complexo, pois, a um primeiro olhar, evita conflito com as jurisdições locais ao remeter a jurisdição do TPI a um papel secundário, "complementar", bem diferente do princípio da primazia assumido pelos tribunais *ad hoc* penais para a ex-Iugoslávia e Ruanda.

Porém, em um *olhar mais atento*, cabe ao próprio TPI definir se a jurisdição nacional agiu a contento, podendo inclusive desconsiderar a coisa julgada local que, na sua visão, serviu para camuflar a impunidade, o que implica manter, *sempre nas mãos internacionais*, o poder de instaurar ou não os processos contra esses criminosos no TPI.

Quanto ao regime jurídico dos crimes sujeitos à jurisdição do TPI, cabe notar que:

i) Os crimes são imprescritíveis (art. 29).

ii) Nenhuma imunidade é admitida (art. 27). Não é imunidade a regra prevista no art. 98 do Estatuto, pelo qual um Estado Parte no TPI pode deixar de colaborar com o Tribunal e não entregar uma pessoa procurada, caso tenha acordo com outro país. Se o TPI lograr cumprir o mandado de captura, a pessoa não poderá alegar imunidade.

5. Os crimes de *jus cogens*

5.1. GENOCÍDIO

Como visto acima, o genocídio é termo que foi cunhado por Lemkin em livro de 1944 ao se referir às técnicas nazistas de ocupação de território na Europa, tendo se inspirado nas partículas *genos* (raça, tribo) e *cídio* (assassinato)[1].

A Convenção pela Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio (1948) foi a primeira a tipificar o crime internacional de genocídio (uma vez que o Tribunal de Nuremberg não o julgou).

O art. 6º do Estatuto de Roma define o genocídio como sendo o *ato ou atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso*. Assim, exige-se dolo específico de "destruir, no todo ou em parte".

O objeto tutelado é a própria existência do grupo, que é constituído pelos "quatro vínculos":

i) O primeiro vínculo é o da nacionalidade, que forma o grupo composto por pessoas que se reconhecem como membros de uma nação, mesmo que na luta pela independência (caso dos palestinos e curdos).

ii) O segundo vínculo é o étnico, que forma o grupo que compartilha uma identidade histórica e cultural.

iii) O terceiro vínculo é o "racial", que aponta para grupo formado pela percepção social de traços fenotípicos distintivos. Apesar da inexistência da distinção biológica entre humanos, este item persiste como fenômeno social.

iv) O quarto vínculo é o religioso, que agrega os indivíduos unidos pela mesma fé espiritual. Fica evidente a *falta de menção da destruição de grupo político* e ainda de grupo social (por exemplo, grupo determinado por sua orientação sexual), que podem ser *tipificados na categoria de crimes contra a humanidade* (ver abaixo).

Esses atos de destruição podem ser: homicídios; atentados graves à integridade física ou mental dos membros do grupo; sujeição intencional do grupo a condições de vida voltadas a provocar a sua destruição física, total ou parcial; imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo e transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo. A lista dos atos é meramente *exemplificativa*.

No Brasil, o combate ao genocídio deu-se pela ratificação da Convenção de 1948 e ainda pela edição da Lei n. 2.889, de 1956. O bem jurídico tutelado é transindividual – a existência do grupo – e as penas variam de acordo com o ato da prática do genocídio. Em 2006, o STF reconheceu que a competência para julgar o *crime de genocídio é da justiça federal*, do juiz monocrático, salvo se os atos de destruição forem crimes dolosos contra a vida, quando será

do Tribunal do Júri federal. Como o STF entende que há concurso formal entre o crime de genocídio e os atos também tipificados de sua realização (homicídio, lesão corporal etc.), no caso da prática de *crime doloso contra a vida para praticar genocídio*, o julgamento cabe a Tribunal do Júri federal (RE 351.487, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3-8-2006, Plenário, *DJ* de 10-11-2006).

5.2. CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Os crimes contra a humanidade foram introduzidos no Direito Internacional pelo Estatuto de Londres de 1945 (que criou o conhecido "Tribunal de Nuremberg", ver acima).

Foi o art. 6º, "c", do Estatuto do Tribunal que definiu serem "crimes contra a humanidade" o assassinato, o extermínio, a escravização, deportação e outros atos inumanos cometidos contra a população civil *antes da guerra ou durante esta*, a perseguição de natureza política, racial ou religiosa na execução daqueles crimes que sejam de competência do Tribunal ou em conexão com eles, constituam ou não uma violação do direito interno do país do cometimento do crime. Foi feita a menção a "antes" e "durante" a guerra e ainda à "conexão" com os crimes julgados pelo Tribunal (crimes contra a paz e crimes de guerra). Logo, os abusos bárbaros nazistas *anteriores* a 1939 (ano do início da guerra) não foram apreciados em Nuremberg.

A evolução do conceito de crime contra a humanidade fez com que esse vínculo (conhecido pela expressão em inglês *war nexus*) com a situação de guerra fosse *eliminado*. A prática dos Estados reconheceu a existência de crimes contra a humanidade praticados internamente por agentes de ditaduras militares, sem situação de guerra[2].

O Estatuto de Roma confirmou essa autonomia do "crime contra a humanidade" em seu art. 7º, que define ser o crime contra a humanidade *um determinado ato de violação grave de direitos humanos, realizado em um quadro de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, havendo conhecimento desse ataque*. Busca-se, então, punir aqueles que, em regimes ditatoriais ou totalitários, usam a máquina do Estado ou de uma organização privada para promover violações graves de direitos humanos em uma situação de banalização de ataques a população civil.

São vários os *atos de violação grave de direitos humanos* que foram mencionados como *exemplos* de crime contra a humanidade no Estatuto de Roma, a saber:

i) atos de violação do direito à vida, por meio do homicídio e do extermínio;

ii) a escravidão, deportação ou transferência forçada de população, prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;

iii) tortura;

iv) crimes sexuais e agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;

v) perseguição de um grupo ou coletividade por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente

reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional (é o caso da perseguição aos homossexuais);

vi) desaparecimento forçado de pessoas e crime de *apartheid*;

vii) uma *cláusula aberta* que permite que sejam um “crime contra a humanidade” quaisquer atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

5.3. CRIMES DE GUERRA

Os crimes de guerra consistem em *violações graves do Direito Internacional Humanitário*, que compreende os tratados e os costumes sobre os meios ou condutas na guerra.

Nessa linha, o art. 8º do Estatuto de Roma apontou ser crime de guerra uma violação grave das Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, bem como outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional.

A lista de atos é *meramente exemplificativa*, seguindo a lógica anterior aplicada no crime de genocídio e nos crimes contra a humanidade.

Em síntese, o Direito Internacional Humanitário proíbe os meios ou instrumentos de guerra que não sejam estritamente necessários para superar o oponente, bem como veda a conduta que não seja proporcional e dirigida ao combatente adversário.

5.4. CRIME DE AGRESSÃO

O crime de agressão foi apenas previsto no Estatuto de Roma em 1998, com sua implementação condicionada à aprovação do seu conteúdo final em uma conferência intergovernamental de revisão (art. 5º, § 2º, do Estatuto). Em junho de 2010, foi realizada em Kampala, Uganda, a primeira Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. A Conferência ocorreu em virtude do disposto no art. 123, § 1º, do Estatuto de Roma, que previu, sete anos após a entrada em vigor do Estatuto, uma Conferência de Revisão para examinar qualquer alteração ao Estatuto. A revisão deveria incidir especialmente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no art. 5º.

Na Conferência de Revisão foi aprovada a Resolução n. 6, de 11 de junho de 2010, que definiu o crime de agressão como sendo “o planejamento, início ou execução, por uma pessoa em posição de efetivo controle ou direção da ação política ou militar de um Estado, de um ato de agressão que, por suas características, gravidade e escala, constitua uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas”. Essa definição foi adotada por consenso, seguindo a linha da Resolução n. 3.314 da Assembleia Geral da ONU de 1974.

A entrada em vigor dessa alteração será lenta. Em primeiro lugar, o crime de agressão só será plenamente ativo no Estatuto a partir de 2017, por decisão de dois terços dos Estados Partes. Adicionalmente, o TPI só poderá adjudicar esses casos em relação a crimes de agressão ocorridos um ano após a ratificação da emenda por trinta Estados Partes.

A mecânica da ação criminal contra os líderes agressores levará em conta ainda a missão

do Conselho de Segurança (CS) da ONU na preservação da paz. O Procurador *deverá* acionar o CS, que pode concordar com a existência de um cenário de agressão (essa conclusão política não vinculará o Tribunal no julgamento de cada indivíduo acusado). Caso o Conselho *não* determine a existência de agressão em seis meses, o Procurador *poderá conduzir* as investigações com *autorização* do Juízo de Instrução (*Pre-Trial Chamber*) do TPI. Claro que o CS pode usar seu poder geral de suspender o processo, invocando o art. 16 do Estatuto, que permite suspensão dos procedimentos do TPI por 12 meses, renováveis indefinidamente, por decisão do CS.

6. O trâmite

Dentro dos limites da jurisdição do Tribunal (limites materiais, espaciais e temporais), o início da investigação pode ocorrer por:

1) iniciativa (*motu proprio*) do Procurador (em 2012, *Fatu Bensouda*, primeira mulher a ocupar esse posto);

2) por remessa de um Estado Parte ou por declaração específica de Estado não Parte e, finalmente;

3) por decisão do Conselho de Segurança (que atingirá inclusive os crimes ocorridos em Estados não contratantes).

Até o momento (2013), quatro Estados Partes já remeteram casos ao TPI: *Uganda, Congo, Mali e República Centro-africana*. O Procurador já iniciou ação envolvendo crimes internacionais no *Quênia* e o Conselho de Segurança já remeteu o caso do *Sudão* (Darfur) e da *Líbia*.

A remessa da informação pelo Estado *não* vincula o Procurador. Caso entenda procedente essa notícia do Estado Parte e ainda nos casos de investigação aberta *motu proprio*, o Procurador *deverá notificar* todos os Estados Partes e os Estados que, de acordo com a informação disponível, *teriam jurisdição* sobre esses crimes. Essa notificação pode ser feita confidencialmente, e sempre que seja necessário para proteger pessoas, impedir a destruição de provas ou a fuga, poderá ser limitada.

No prazo de um mês após a recepção da referida notificação, qualquer Estado poderá informar o Tribunal de que está procedendo, ou já procedeu, a um inquérito sobre nacionais seus ou outras pessoas sob a sua jurisdição.

A pedido desse Estado, o Procurador transferirá o inquérito sobre essas pessoas, a menos que, a pedido do Procurador, o TPI (por meio de sua *Pre-Trial Chamber*, ou Juízo de Instrução) decida autorizar o inquérito. A *transferência do inquérito* poderá ser *reexaminada* pelo Procurador seis meses após a data em que tiver sido decidida ou, a todo o momento, quando tenha ocorrido uma alteração significativa de circunstâncias, decorrente da falta de vontade ou da *incapacidade efetiva* do Estado de levar a cabo o inquérito.

No caso da abertura de investigação *ex officio*, o Procurador deve inicialmente pedir *autorização ao Juízo de Instrução*. Se, após examinar o pedido e a documentação que o acompanha, o Juízo de Instrução considerar que há fundamento suficiente para abrir um Inquérito e que o caso parece caber na jurisdição do Tribunal, autorizará a abertura do

inquérito, sem prejuízo das decisões que o Tribunal vier a tomar posteriormente em matéria de competência e de admissibilidade. Se, depois da análise preliminar o Procurador concluir que a informação apresentada não constitui fundamento suficiente para um inquérito, o Procurador informará quem a tiver apresentado de tal entendimento. Tal não impede que o Procurador examine, à luz de novos fatos ou provas, qualquer outra informação que lhe venha a ser comunicada sobre o mesmo caso.

Já no caso da investigação ser determinada por *resolução do Conselho de Segurança* (por exemplo, nos casos de Darfur e da Líbia), o Procurador é *obrigado* a iniciar as investigações.

As regras de direito processual constam das Partes V e VI do Estatuto e determinam o modo de investigação e processamento dos acusados perante a Corte. Os direitos das pessoas investigadas foram mencionados no art. 55 do Estatuto, bem como o conteúdo e limites da atividade de investigação do promotor. Ainda em relação à atividade pré-processual, o Estatuto do Tribunal estipula as regras relativas à prisão processual e os direitos do preso.

Quanto ao processamento propriamente dito do feito criminal, o Estatuto do Tribunal dispõe sobre o juiz natural, os direitos do acusado no processo, afirmando em especial a sua presunção de inocência (art. 66) e também sobre a coleta de provas, com dispositivos específicos para a oitiva de testemunhas e das vítimas (art. 68).

As regras relativas ao direito ao duplo grau de jurisdição encontram-se mencionadas na Parte VII do Estatuto, determinando-se as regras de processamento da apelação e da revisão criminal.

Em linhas gerais, a sentença é *recorrível*, fundada em vício processual, erro de fato, erro de direito, ou *qualquer outro motivo* suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença (*esse* só em benefício do condenado). O Procurador ou o condenado poderão, em conformidade com o Regulamento Processual, interpor recurso da pena invocando a *desproporcionalidade* da pena.

Foi criado um *Fundo de Reparação em benefício das vítimas*. De acordo com o art. 79 do Estatuto, a Corte pode determinar que os valores e os bens recebidos a título de multa sejam transferidos a tal Fundo para posterior reparação às vítimas.

7. Penas e ordens de prisão processual

Não há previsão de intervalo específico de pena por tipo de crime: o Tribunal pode impor à pessoa condenada pena de prisão por um número determinado de anos, até o *limite máximo de 30 anos*; ou ainda a *pena de prisão perpétua*, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar *multa* e ainda a *perda* de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa-fé.

As penas podem passar por revisão a favor do sentenciado após 2/3 do seu cumprimento. Nas penas de caráter perpétuo, poderá existir revisão após *25* anos de cumprimento.

Também pode o Tribunal impor medidas de detenção preventiva, solicitando que os Estados cumpram o pedido de entrega (*surrender*).

Para efetivar suas ordens de prisão, o TPI conta com 12 celas nas instalações holandesas

de Scheveningen.

8. O TPI e o Brasil

O Brasil, apesar de ter votado a favor da aprovação do texto do Estatuto do Tribunal Penal Internacional na Conferência de Roma de 1998, manifestou, por meio de declaração de voto, sua preocupação com o fato de a Constituição brasileira proibir a extradição de nacionais e também proibir penas de caráter perpétuo, que foram aceitas pelo Estatuto.

Apesar dessa preocupação, o Brasil assinou o Estatuto de Roma em 7 de dezembro de 2000. O Congresso Nacional, à luz do art. 49, I, da Constituição, aprovou o texto do futuro tratado pelo Decreto Legislativo n. 112, de 6 de junho de 2002, vindo o Brasil a depositar o ato de ratificação em 20 de junho de 2002. O ato final do ciclo de incorporação interna deu-se com o Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Para suprir eventuais lacunas do ordenamento jurídico nacional e levando em consideração o art. 88 do Estatuto de Roma, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional, por meio da Mensagem n. 700, de 17 de setembro de 2008, projeto de lei que recebeu o n. 4.638/2008, que *"*dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências*"*.

Além de tipificar vários crimes na linha do estabelecido pelo Estatuto de Roma, o projeto também busca cumprir os deveres impostos ao Brasil em relação aos *atos de cooperação* com o Tribunal Penal Internacional. Esses atos de cooperação foram divididos por este autor em três espécies: os atos de entrega de pessoas à jurisdição do Tribunal, os atos instrutórios diversos e por último os atos de execução das penas.

Em 2004, em um claro movimento para abafar as críticas referentes a eventuais inconstitucionalidades do Estatuto de Roma, a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu o novo § 4º do art. 5º, que dispõe que: "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

Veremos abaixo as pretensas inconstitucionalidades, por ofensa a cláusula pétrea ("direitos e garantias individuais", art. 60, § 4º, IV, da CF/88), com a superação defendida pela maior parte da doutrina:

i) Entrega de brasileiro nato

Crítica – a Constituição de 1988 impede que brasileiro nato seja extraditado, e o brasileiro naturalizado só pode ser extraditado em duas hipóteses: comprovado envolvimento com tráfico de entorpecentes ou crime anterior à naturalização. Logo, o Estatuto de Roma seria inconstitucional.

Superação – o Estatuto de Roma expressamente prevê o dever do Estado de entrega (*surrender*) das pessoas acusadas cujo julgamento foi considerado admissível pela Corte. O art. 102 do Estatuto expressamente diferencia a extradição do ato de entrega. A extradição é termo reservado ao ato de cooperação jurídica internacional penal entre Estados soberanos. Já o *surrender* é utilizado no caso específico de cumprimento de ordem de organização

internacional de proteção de direitos humanos, como é o caso do Tribunal Penal Internacional. Logo, não haveria óbice constitucional ao cumprimento de ordem de detenção e entrega de acusado brasileiro ao Tribunal, já que a Constituição brasileira só proíbe a extradição de nacionais. Como o brasileiro não estaria sendo remetido a outro Estado, mas sim a uma organização internacional (o Tribunal Penal Internacional) que representa a comunidade dos Estados, não haveria impedimento algum.

ii) A coisa julgada *pro reo*

Crítica – o princípio da complementaridade não impede que o Tribunal Penal Internacional decida pela prevalência da jurisdição do Tribunal, mesmo que já exista coisa julgada absolutória nacional, caso o TPI entenda que essa absolvição foi forjada ou inapropriada, podendo julgar o indivíduo de novo. Porém, o princípio do *non bis in idem* tem base constitucional (art. 5º, XXXVI), podendo mesmo o acusado, quando processado no Brasil pela segunda vez em relação ao mesmo fato, utilizar o recurso da *exceção de coisa julgada*, de acordo com o art. 95, V, do CPP. Assim, entregar determinada pessoa para ser julgada pelo TPI, após ter sido absolvida internamente pelo mesmo fato, seria inconstitucional.

Superação – o Direito Internacional não admite que, com base em leis locais e em processos locais muitas vezes utilizados para dar um bill de imunidade aos acusados de atrocidades, haja a arguição da coisa julgada. Em face desses crimes internacionais, os Estados têm o dever de julgar ou entregar ao Tribunal Penal Internacional. Caso apenas *simulem* um julgamento, obviamente tal dever não foi cumprido a contento, podendo o Tribunal Penal Internacional ordenar a entrega do acusado para novo julgamento, desta vez sério e perante o Direito Internacional. No limite, não há desobediência ao princípio tradicional do Direito Penal do *non bis in idem.* De fato, a qualidade de coisa julgada da sentença penal local foi obtida para a obtenção da impunidade, em típico caso de simulação com fraude à lei. Esse vício insanável torna inoperante o seu efeito de imutabilidade do comando legal e permite o processo internacional. Por fim, não há identidade dos elementos da ação, entre a causa nacional e a causa internacional. De fato, o pedido e a causa de pedir, no plano internacional, são amparados em normas internacionais, o que não ocorre com a causa doméstica.

iii) Imunidades materiais e formais previstas na Constituição de 1988

Crítica – o Estatuto de Roma não reconhece qualquer imunidade (art. 27). Porém, a Constituição estabelece imunidades formais e materiais, por exemplo, aos congressistas.

Superação – não são aplicáveis os dispositivos internos que tratam das imunidades materiais e formais de determinadas autoridades públicas. A Constituição, que estabeleceu tais imunidades, não pode ser interpretada em tiras. Devemos, então, conciliar a existência de tais imunidades com a aceitação da jurisdição internacional penal, o que pode ser feito pela simples separação: as imunidades constitucionais são aplicadas *nacionalmente tão somente.* Por isso, é compatível com a Constituição a negação das imunidades pelo Estatuto de Roma.

QUADRO SINÓTICO

As normas do Estatuto do Tribunal Penal Internacional em face da Constituição de 1988
• Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), "Estatuto do TPI" ou "Estatuto de Roma": • foi adotado em 1998, durante Conferência Intergovernamental em Roma (Itália), por 120 votos a favor, 7 votos contrários (Estados Unidos, China, Índia, Líbia, Iêmen, Israel e Catar) e 21 abstenções; • entrou em vigor em 2002; • possui 128 artigos com normas materiais e processuais penais referentes aos chamados crimes de *jus cogens*, que são o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão (cujo tipo penal só foi acordado em 2010, na Conferência de Kampala, Uganda). • Tribunal Penal Internacional: • tem personalidade jurídica internacional e capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e cumprimento dos seus objetivos; • tem sede em Haia (Holanda); • é tribunal independente da ONU, embora possua uma relação de cooperação com esta organização; • é composto de quatro órgãos: Presidência, Divisão Judicial, Procuradoria (Ministério Público) e Secretariado (*Registry*); • dezoito juízes compõem o tribunal, eleitos pelos Estados Partes para um mandato de nove anos (não podem ser reeleitos);
• seleção dos juízes: devem ser escolhidos entre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países (no caso do Brasil, são os requisitos exidos para a nomeação ao posto de Ministro do STF: notório saber jurídico, reputação ilibada e com mais de 35 anos e menos de 65 anos); os Estados Partes devem ponderar ainda a necessidade de assegurar que a composição do Tribunal inclua representação dos principais sistemas jurídicos do mundo, uma representação geográfica equitativa e uma representação justa de juízes do sexo feminino e do sexo masculino; • juízes são divididos em três grandes Seções: Juízo de Instrução (*Pre-Trial Chamber*), Juízo de Julgamento em 1ª Instância (*Trial Chamber*) e Juízo de Apelação (*Appeal Chamber*). • Ministério Público do TPI: • capitaneado pelo Procurador, que atua com independência funcional, como órgão autônomo do TPI; • atribuições: receber comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de os examinar, investigar e, eventualmente, propor a ação penal junto ao Tribunal; • eleição: pela Assembleia dos Estados Partes para mandato de nove anos, não renovável.

As principais objeções e o novo § 4º do art. 5º da CF/88
• Brasil: assinou (2000), ratificou (2002) e incorporou, pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, o Estatuto do TPI. • Emenda Constitucional n. 45/2004: introduziu o novo § 4º do art. 5º, que dispõe que "o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão". • Brasil votou favoravelmente ao texto do projeto do Estatuto do TPI na Conferência de Roma em julho de 1998, participou ativamente das discussões promovidas pelo Tribunal e atuou com desenvoltura na Conferência de Revisão do Estatuto do TPI, de 2010. Entretanto, manifestou preocupação com o fato de a Constituição brasileira proibir a extradição de nacionais e vedar penas de caráter perpétuo. • STF, Petição 4.625, Caso Presidente Bashir, ditador do Sudão: discussão sobre se as pretensas inconstitucionalidades podem impedir que o Brasil cumpra seu dever de colaborar com o TPI: o governo brasileiro entendeu ser necessária a autorização do STF para que pudesse existir a prisão e entrega no caso eventual da vinda do Presidente do Sudão ao nosso território. Não há decisão final do STF. • *Princípio da complementaridade:* jurisdição internacional penal é subsidiária à jurisdição nacional; o TPI não exercerá sua jurisdição caso o Estado com jurisdição já houver iniciado ou terminado investigação ou processo penal, salvo se este não tiver "capacidade" ou "vontade" de realizar justiça; o caso é também inadmissível se a pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, salvo se o julgamento for um simulacro para obter a impunidade e, finalmente, se o caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal. O próprio TPI decide se o julgamento nacional é simulacro para obtenção da impunidade.

O ato de entrega de brasileiro nato	
Dever do Brasil	Estatuto de Roma expressamente prevê o dever do Estado de entrega de indivíduos, caso exista uma ordem de detenção e entrega determinada pelo TPI.
Objeção	Só é possível a entrega do brasileiro naturalizado na hipótese de ocorrência de crime praticado antes da naturalização.
Superação	Não há equiparação possível entre extradição a um Estado estrangeiro e entrega ao TPI. A nacionalidade é óbice somente à extradição, podendo o Brasil promover a entrega de todo indivíduo ao TPI.
A imprescritibilidade dos crimes do TPI e o Brasil	
Dever do Brasil	De acordo com o Estatuto de Roma, os crimes sujeitos a sua jurisdição são imprescritíveis.
Objeção	O Brasil não poderia entregar nenhum indivíduo ao TPI caso o crime do qual ele seja acusado já tenha prescrito, de acordo com a lei brasileira.
Superação	Na relação entre o Estado e o TPI deve vigorar o princípio da confiança, sendo dispensável a dupla tipicidade e punibilidade.
A pena de prisão perpétua	
Dever do Brasil	O Estatuto de Roma prevê que as penas podem ser: 1) de prisão até o limite máximo de 30 anos; ou 2) prisão perpétua.
Objeção	O Brasil não poderia colaborar com o TPI e entregar um indivíduo, pois há sempre o risco de imposição da pena de "caráter perpétuo" ao final do processo internacional.
Superação	Não se aplica à entrega a vedação da pena de caráter perpétuo existente internamente e nos processos extradicionais à entrega de um indivíduo ao TPI.

A coisa julgada	
Dever do Brasil	Caso o TPI decida pela prevalência da jurisdição do Tribunal, deve o Estado brasileiro efetuar a entrega do acusado, mesmo que já exista coisa julgada absolutória local.
Objeção	No caso da existência de coisa julgada absolutória nacional, há impedimento constitucional brasileiro para a entrega de um indivíduo ordenada pelo TPI.
Superação	O Direito Internacional não admite que, com base em leis locais e em processos locais muitas vezes utilizados para dar um *bill* de imunidade aos acusados de atrocidades, haja a arguição da coisa julgada. Se a qualidade de coisa julgada da sentença penal local foi obtida para a obtenção da impunidade, em típico caso de simulação com fraude à lei, o vício insanável torna inoperante o seu efeito de imutabilidade do comando legal e permite o processo internacional. Além disso, não cabe alegar coisa julgada como justificativa para a não implementação de decisão internacional, já que seria necessária a identidade de partes, pedido e causa de pedir, o que não ocorre entre a causa local e a causa internacional.
A impossibilidade de alegação de qualquer imunidade	
Dever do Brasil	Não há nenhuma imunidade material ou processual que impeça o TPI de realizar justiça, devendo o Brasil entregar toda e qualquer pessoa ao Tribunal, não importando o cargo oficial exercido no próprio país ou fora dele.
Objeção	A Constituição de 1988 estabelece uma longa lista de imunidades materiais e processuais a altas autoridades.
Superação	As imunidades materiais e processuais, bem como as prerrogativas de foro estabelecidas na Constituição são de exclusivo alcance interno, não podendo ser interpretadas de modo a imunizar quem quer que seja do alcance da jurisdição internacional.

Os demais atos de cooperação com o TPI
• Consistem em atos de instrução processual e mesmo de execução da pena porventura fixada pelo Tribunal. • Atos de instrução: Estados contratantes obrigam-se a cooperar com o Tribunal na obtenção de documentos, oitiva de testemunhas; facilitar o comparecimento voluntário de peritos e testemunhas perante o Tribunal; realizar perícias diversas, inclusive a exumação; proteger testemunhas e preservar provas; conceder e implementar medidas cautelares.

A ausência de competência constitucional do STF e do STJ para apreciar decisões do TPI
• As decisões do TPI não necessitam de *exequatur* nem de homologação de sentença estrangeira perante o STJ, uma vez que a Constituição exige esse crivo somente a decisões oriundas de Estados estrangeiros, nada exigindo quanto a decisões internacionais. • Quanto ao pedido de prisão e posterior entrega, o governo brasileiro solicitou autorização do STF para a prisão e entrega do Presidente do Sudão ao TPI (Petição 4.625, ainda não julgada).

1 LEMKIN, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe*: Laws of Occupation – Analysis of Government – Proposals for Redress. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, em especial p. 79-95 (Capítulo IX – "Genocide").

2 CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PARTE III

O BRASIL E OS DIREITOS HUMANOS

1. Da Constituição de 1824 ao Congresso Nacional Constituinte (1985-1987)

Desde a primeira Constituição brasileira, em 1824, houve a previsão de um rol de direitos a serem assegurados pelo Estado. O seu art. 179 dispunha que "a inviolabilidade dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império", seguindo-se 35 incisos, detalhando-se os direitos fundamentais. Mas essa Constituição mascarava a real situação da época: havia *escravidão* e o voto era *censitário* e excluía as mulheres.

Com a República, a tradição de inserção do rol de direitos na Constituição de 1891 continuou: o art. 72 dispôs que "a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade dos direitos* concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes...". O *princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais* foi reconhecido no art. 78, que dispunha que "a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição *não exclui* outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da *forma de governo* que ela estabelece e dos *princípios* que consigna".

Também a Constituição de 1934 previu expressamente direitos fundamentais ao dispor, em seu Título III ("Declaração de Direitos"), vários direitos civis e políticos. Ela inovou ao estabelecer, em seu Título IV ("Da Ordem Econômica e Social), vários *direitos sociais*, como os previstos no art. 121 referentes aos *direitos trabalhistas* (inclusive a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, proibição de trabalho a menores de 14 anos, previsão de férias anuais remuneradas, salário mínimo e descanso semanal). A Constituição de 1934 reconheceu também o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais ao estabelecer, no seu art. 114 que "a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do *regime* e dos *princípios* que ela adota".

Em que pese a Constituição de 1937 apenas servir para camuflar a ditadura de Getúlio Vargas e seu Estado Novo, houve a *menção formal a um rol de direitos* em seus arts. 122 e seguintes ("Dos Direitos e Garantias Individuais") e aos *direitos decorrentes* ("Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da *forma de governo* e dos *princípios* consignados na Constituição"). Porém, a parte final do art. 123 deixava clara a *prevalência absoluta da razão de Estado* em detrimento dos *direitos humanos,* ao determinar que o "uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do *Estado* em nome dela constituído e organizado nesta Constituição".

Após o final da ditadura do Estado Novo, a Constituição de 1946 instaurou uma nova ordem democrática no Brasil, que se encerraria somente com o golpe militar de 1964. Ela previu, em seu art. 141, o rol dos "direitos e garantias individuais", com a cláusula de abertura dos *direitos decorrentes* prevista no art. 144 ("a especificação, dos direitos e

garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do *regime* e dos *princípios* que ela adota”). Na linha da Constituição de 1934, a Constituição de 1946 enumerou vários direitos sociais nos arts. 157 e seguintes, inclusive o direito de greve (art. 158), que havia sido proibido expressamente pela Constituição de 1937.

Com a ditadura militar, a Constituição de 1967 previu formalmente um rol de direitos e garantias individuais no seu art. 150, fazendo remissão a outros direitos, decorrentes do regime e dos princípios constitucionais no art. 150, § 35 (“A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”). Contudo, o art. 151 trouxe a *ameaça explícita* aos inimigos do regime, determinando que “aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa”. Assim, a cláusula indeterminada do “abuso dos direitos individuais” pairava sobre os indivíduos, demonstrando a *razão de Estado* que imperava naquele momento de governo militar. A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, manteve a mesma situação, elencando os direitos no art. 153 e prevendo a abertura a novos direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais no art. 153, § 36.

Com a redemocratização, o Congresso Constituinte (1985-1987) reagiu a mais de vinte anos de ditadura com uma forte inserção de direitos e garantias no texto da futura Constituição, que recebeu a alcunha de “Constituição Cidadã”. Além dos direitos, houve sensível mudança no perfil do *Ministério Público*, que deixou de ser vinculado ao Poder Executivo e ganhou autonomia, independência funcional e a missão de defesa de direitos humanos (arts. 127 e 129, III, entre outros). Também foi mencionada, pela primeira vez no texto de uma Constituição, a *Defensoria Pública* como função essencial à Justiça, criando mais um ente público comprometido com a defesa dos direitos humanos.

Além disso, foi aceita a internacionalização dos direitos humanos, com a menção a tratados internacionais (art. 5º, § 2º) e também a um “tribunal internacional de direitos humanos” (art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), como estudaremos a seguir.

QUADRO SINÓTICO

Da Constituição de 1824 ao Congresso Nacional Constituinte (1985-1987)	
Constituição de 1824	• Contém a previsão constitucional de um rol de direitos (inviolabilidade dos direitos civis e políticos, “que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”). O texto constitucional, entretanto, mascarava a real situação do Império: havia escravidão e o voto era censitário.
Constituição Republicana de 1891	• Foi mantida a tradição de inserção do rol de direitos na Constituição, garantindo-se a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade. • A possibilidade de novos direitos e garantias foi também reconhecida, explicitando-se que a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não excluiria outras garantias e direitos não enumerados.
Constituição de 1934	• Também previu expressamente um rol de direitos, explicitando vários direitos civis e políticos. • Inovou ao estabelecer vários direitos sociais, como direitos trabalhistas. • Reconheceu também os direitos decorrentes ao estabelecer que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”.
Constituição de 1937	• Houve a menção formal a um rol de direitos e aos direitos decorrentes, mas que apenas serviam para camuflar a ditadura do Estado Novo. • O texto constitucional deixava clara a prevalência absoluta da razão de Estado sobre os direitos humanos.

Constituição de 1946	• Instaurou uma nova ordem democrática no Brasil, que se encerraria somente com o golpe militar de 1964. • Previu um rol dos "direitos e garantias individuais", com a cláusula de abertura dos direitos decorrentes. • Enumerou vários direitos sociais, inclusive o direito de greve, que havia sido proibido expressamente pela Constituição de 1937.
Constituição de 1967	Com a ditadura militar, previu formalmente um rol de direitos e garantias individuais, fazendo remissão a outros direitos, decorrentes do regime e dos princípios constitucionais. Trouxe a cláusula indeterminada do "abuso dos direitos individuais", que consistia ameaça latente aos inimigos do regime, determinando a possibilidade de suspensão de direitos individuais e políticos pelo prazo de dois a dez anos, "declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa".
Emenda n. 1, de 1969	Manteve a mesma situação da Constituição de 1967.
Constituição de 1988 – a "Constituição Cidadã"	Com a redemocratização, houve forte inserção de direitos e garantias no texto da futura Constituição. Mudança no perfil do Ministério Público: deixou de ser vinculado ao Poder Executivo e ganhou autonomia, independência funcional e a missão de defesa de direitos humanos. Menção à Defensoria Pública como função essencial à Justiça, criando mais um ente público comprometido com a defesa dos direitos humanos. Aceitação da internacionalização dos direitos humanos, com a menção a tratados internacionais e também a um "tribunal internacional de direitos humanos".

2. A Constituição de 1988, fundamentos, objetivos e a internacionalização dos direitos humanos

2.1. OS FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA REPÚBLICA

De acordo com o art. 1º da Constituição de 1988, a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; V – o pluralismo político. Seu parágrafo único reitera a vocação democrática do Estado, ao dispor que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Os fundamentos da República convergem para a proteção dos direitos humanos.

A soberania (art. 1º, I) possui duas esferas, a externa e a interna. Na esfera externa, a soberania consiste no poder político independente na esfera internacional. Na sua esfera interna, a soberania consiste no poder político titularizado pelo povo, redundando na soberania popular. Essa soberania popular é refletida em outros dispositivos da Constituição, como os relativos ao sufrágio universal, direto, secreto e periódico, cláusula pétrea da Constituição (art. 60, § 4º, II).

A cidadania (art. 1º, II) consiste em um conjunto de direitos e obrigações referentes à participação do indivíduo na formação da vontade do poder estatal. Em geral, a cidadania está associada à nacionalidade, mas há no Brasil a quase nacionalidade, que se refere ao *estatuto da* igualdade dos portugueses com a situação jurídica de brasileiro naturalizado, o que permite o exercício de direitos políticos para aquele português que obtém a igualdade de direitos.

A cidadania da Constituição de 1988 possui diversas facetas, a saber:

1) cidadania-eleição, que permite ao cidadão-eleitor votar e ser votado;

2) a cidadania-fiscalização, que permite ao cidadão propor a ação popular (art. 5º, LXXIII), noticiar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º), ou ainda ser eleito conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, XIII) e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A,VI);

3) a cidadania-propositiva, que permite ao cidadão dar início a projetos de lei (art. 61, § 2º);

4) cidadania-mediação social, que permite ao cidadão ser eleito *Juiz de Paz* (art. 98, II).

A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Trata-se de atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, entre outros fatores de distinção. Novamente, esse fundamento da República converge para a proteção de direitos humanos, que é indispensável para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Por fim, são fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, IV) e o pluralismo político (art. 1º, V). Essas opções refletem o desejo do constituinte de agregar, como fundamento da República, valores aparentemente antagônicos (capital e trabalho), bem como valores políticos dos mais diversos quilates, redundando em uma sociedade diversificada e plural. Para que se tenha essa sociedade pautada na pluralidade e respeito aos diferentes valores é essencial que exista a proteção de direitos humanos, para que todos tenham assegurada uma vida digna.

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil também se relacionam com a *proteção de direitos humanos*, pois são finalidades da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e ainda a promoção do promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, o Estado brasileiro deve guiar suas condutas para obter uma sociedade livre, justa e solidária, atacando a pobreza e desigualdades odiosas.

2.2. A EXPANSÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na temática dos direitos humanos, a Constituição de 1988 é um marco na história constitucional brasileira. Em primeiro lugar, introduziu o mais extenso e abrangente rol de direitos das mais diversas espécies, incluindo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além de prever várias garantias constitucionais, algumas inéditas, como o mandado de injunção e o *habeas data*. Além disso, essa enumeração de direitos e garantias não é exaustiva, uma vez que o seu art. 5º, § 2º, prevê o *princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais*, introduzido pela primeira vez na Constituição de 1891, também denominado *abertura* da Constituição aos *direitos humanos*, dispondo que os direitos nela previstos não excluem outros decorrentes do (i) *regime*, (ii) *princípios* da Constituição e em (iii) *tratados* celebrados pelo Brasil.

De forma inédita na história constitucional brasileira, a abertura da Constituição aos direitos foi *baseada também nos tratados internacionais* celebrados pelo Brasil.

Quanto aos direitos sociais, a Constituição de 1988 tem um capítulo específico ("Direitos Sociais, arts. 6º ao 11), sendo ainda possível novos direitos sociais *decorrentes* do regime e princípios, bem como dos tratados celebrados pelo Brasil (art. 5º, § 2º).

Essa abertura constitucional aos direitos humanos reflete-se também no funcionamento de todo o sistema de justiça. Novas demandas exigem reflexão sobre a implementação judicial dos direitos humanos, bem como o papel dos atores do sistema de justiça na promoção dos direitos.

Além disso, a Constituição determinou que o Brasil deveria cumprir, nas suas relações internacionais, o princípio da "prevalência dos direitos humanos" (art. 4º, II). Nessa mesma linha, a Constituição determinou que o Brasil propugnasse pela formação de um "tribunal internacional de direitos humanos" (art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Esse novo perfil constitucional favorável ao Direito Internacional levou o Brasil, logo após a edição da Constituição de 1988, a ratificar os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e às Convenções contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Desde então, o Brasil celebrou todos os mais relevantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, tendo reconhecido, em 1998, a *jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos* (Corte IDH) e, em 2002, a *jurisdição do Tribunal Penal Internacional*.

Com o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH, o Brasil deu o passo decisivo para aceitar o universalismo na área dos direitos humanos. Não é mais possível uma interpretação "nacionalista" dos direitos humanos no Brasil, pois essa interpretação pode ser questionada perante a Corte IDH ou outros órgãos internacionais, devendo o Brasil cumprir a interpretação internacionalista porventura fixada.

Além do universalismo, o Brasil, após a Constituição de 1988, acatou a indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos, ao ratificar indistintamente os tratados voltados a direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais.

Resta agora analisar a internacionalização dos direitos humanos na perspectiva brasileira e os órgãos internos envolvidos na promoção desses direitos no Brasil do século XXI.

2.3. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS

A supremacia da Constituição consiste na sua qualidade de norma superior, que representa o pressuposto de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico. Essa qualidade (superioridade) é fruto de dois critérios: o material e o formal. Do ponto de vista material, a Constituição contempla os valores considerados *superiores* pela vontade geral (poder constituinte) de uma comunidade. Do ponto de vista formal, a Constituição está no cume do ordenamento jurídico, porque prescreve as formas de criação das demais normas e ainda suas próprias regras de alteração (emendas constitucionais).

No que tange aos *direitos humanos,* a Constituição de 1988, cumprindo a tradição inaugurada já com a Constituição imperial de 1824, trouxe robusto rol de direitos em seu texto. Essas normas são obrigatórias e superiores às demais, independentemente do grau de abstração que possuam. Ademais, a Constituição elenca, como fundamento da República, a dignidade humana (art. 1º, III).

Parte da doutrina reconhece que as normas constitucionais de direitos humanos possuem *hierarquia material singular*, uma vez que são: 1) *cláusulas pétreas* (art. 60, § 4º, IV); 2) são *princípios constitucionais sensíveis*, ou seja, autorizam a decretação de intervenção federal em caso de violação dos direitos humanos pelos Estados e pelo Distrito Federal (art. 34, VII); 3) são *preceitos fundamentais*, defendidos pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º); 4) são normas de *aplicação imediata* (art. 5º, § 1º).

Contudo, formalmente não há hierarquia entre as normas constitucionais oriundas do Poder Constituinte originário, mas esse regime jurídico constitucional especial das normas de direitos humanos deve ser levado em consideração na argumentação jurídica que envolva a interpretação desses direitos em um caso concreto[1].

Essa superioridade das normas constitucionais ainda exige que todas as demais normas do ordenamento sejam interpretadas *conforme* os valores previstos na Constituição. Nasce a chamada *filtragem constitucional,* que consiste na exigência de que todas as demais normas do ordenamento jurídico sejam compatíveis com a Constituição. No caso das normas de direitos humanos, há a chamada *filtragem jusfundamentalista* ou ainda a *jusfundamentalização do Direito,* que prega que as demais normas do ordenamento jurídico sejam compatíveis com os direitos humanos.

Essa filtragem jusfundamentalista serve para: 1) declarar inconstitucional ou não recepcionada determinada norma ofensiva aos direitos humanos; 2) escolha de interpretação *conforme* aos direitos humanos de determinada norma; 3) exigir que as políticas públicas tornem efetivas as normas de direitos humanos estabelecidas na Constituição.

Essa terceira e última função é questionada em face da separação dos poderes e da reserva do possível e serão debatidos em capítulo próprio neste livro.

A supremacia da Constituição na seara dos direitos humanos também sofre as consequências da internacionalização dos direitos humanos. A ideia de supremacia da Constituição deve ser compatibilizada com a proteção internacional dos direitos humanos,

fazendo nascer o respeito à interpretação *internacionalista* dos direitos humanos (ver como conciliar a interpretação internacionalista com a interpretação nacionalista no item 3 da Parte III).

2.4. CLÁUSULAS PÉTREAS

As cláusulas pétreas são as normas constitucionais cujo conteúdo não pode ser eliminado ou amesquinhado de alguma forma, mesmo por emendas constitucionais. Trata-se de limite ao Poder Constituinte Derivado de reforma e são também chamadas de “garantias de imutabilidade”. A justificativa para a existência de um núcleo imutável de normas constitucionais é a escolha, por parte do Poder Constituinte Originário, de determinados valores que simbolizariam a própria essência do Estado Democrático brasileiro. Para alterar, então, essa essência, seria necessária a ruptura e a invocação, novamente, do Poder Constituinte Originário para criar outra ordem constitucional e fundar outro modelo de Estado.

Há duas críticas possíveis à existência de cláusulas pétreas. A primeira crítica prega que a imutabilidade de determinado valor dificulta a atualização constitucional para fazer frente a novos desafios sociais, fazendo nascer o risco de “legislar para além túmulo”. A segunda crítica defende que o Poder Constituinte Derivado também é titularizado pelo povo, podendo modificar todo e qualquer valor previsto na Constituição.

Apesar de tais críticas, a existência de cláusulas pétreas é bem aceita no Brasil, pois reforça o caráter de perenidade e estabilidade de determinados valores, o que pode ser útil em determinados momentos históricos, nos quais há a necessidade de se consolidar determinada visão de Estado e de respeito a direitos fundamentais.

No Brasil, a Constituição de 1988 reconheceu limites materiais expressos robustos ao Poder Constituinte Derivado de Reforma, retratados no art. 60 § 4º, que prevê a impossibilidade de ser objeto de deliberação uma emenda constitucional que tenda a abolir: “I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

A proteção de todas as cláusulas pétreas visa combater a modificação que “tenda a abolir”. É possível: 1) modificações que fortaleçam os valores mencionados; 2) modificações que alterem o quadro normativo, mas com neutralidade, sem prejudicar ou fortalecer o valor previsto.

Não é possível uma *modificação que enfraqueça* o valor contido nas cláusulas pétreas, pois isso é um passo para sua eliminação.

Ocorre que há valores contrastantes em todas as cláusulas pétreas vistas acima: ao proteger um valor, pode-se ferir outro, dentro da mesma cláusula pétrea. Por exemplo, uma emenda constitucional que vise proteger com maior rigor o direito à intimidade dos políticos e personalidades, pode amesquinhar o direito à liberdade de informação jornalística. Essa situação foi gerada pelo próprio Poder Constituinte Originário ao usar conceitos indeterminados (“separação de poderes”, “direitos e garantias individuais”, “federalismo”) na redação das cláusulas pétreas.

Essa amplitude e indeterminação das cláusulas pétreas tiveram como resultado uma grande liberdade do STF para a tomada de sua decisão, na sua missão de guardião máximo da

Constituição. Nesse sentido, o STF decidiu que não cabe adotar simplesmente uma "interpretação restritiva" das cláusulas pétreas, pois isso significaria diminuir a proteção almejada pelo Constituinte Originário. Para o Min. Gilmar Mendes, cada uma das cláusulas pétreas "é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é *restritiva* apenas *no sentido de limitada aos princípios enumerados*; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados (Repr. 94, Rel. Min. Castro Nunes, *Archivo Judiciário* 85/31, 34-35, 1947)" (ADPF 33-MC, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-2003, Plenário, *DJ* de 6-8-2004, grifo não constante do original).

Há também *cláusulas pétreas implícitas,* que consistem: 1) no Estado Democrático de Direito, pois é o ambiente no qual a própria Constituição atua, o substrato para todas as liberdades constitucionais; e 2) na inalterabilidade do próprio art. 60, § 4º, para evitar a chamada *teoria da dupla revisão* (uma emenda constitucional eliminaria o art. 60, § 4º, e, após, uma outra emenda diminuiria a proteção constitucional aos valores anteriormente petrificados).

Há duas cláusulas pétreas com relação direta com os direitos humanos ("direitos e garantias individuais" e "voto secreto, direto, universal e periódico") e duas com relação indireta ("separação dos poderes", "forma federativa do Estado").

Ao utilizar a expressão "direitos e garantias individuais" a Constituição de 1988 criou a seguinte *dúvida* na análise das cláusulas pétreas: a expressão foi usada de modo *literal,* fazendo remissão ao Capítulo I do Título II da própria Constituição, que separa os direitos individuais dos direitos sociais, coletivos, de nacionalidade e políticos? Ou a expressão "direitos e garantias individuais" foi usada como sinônimo de "direitos essenciais titularizados pelo indivíduo", o que estenderia sua aplicação a todos os direitos espalhados pela Constituição e ainda aos direitos decorrentes previstos em tratados de direitos humanos?

A dignidade humana (epicentro axiológico da CF/88) e o reconhecimento do princípio da não exaustividade dos direitos humanos (art. 5º, § 2º) orientam a interpretação dessa cláusula pétrea para a aceitação de que são protegidos *todos* os direitos indispensáveis a uma vida digna e não somente os que, pela literalidade, estão contidos no Capítulo I do Título II da Constituição ("direitos e garantias individuais").

O STF também acatou essa visão, tendo já considerado direitos espalhados pelo corpo da Constituição de 1988 protegidos pelo manto pétreo, como, por exemplo, a garantia do contribuinte à anterioridade tributária (art. 150, III) ou ainda a garantia do eleitor à anterioridade eleitoral (art. 16). Para a Min. Ellen Gracie, "(...) o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e 'a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral' (ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello). Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV" (ADI 3.685,

Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-3-2006, Plenário, *DJ* de 10-8-2006). Na mesma linha, decidiu o STF que "a anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado" (RE 587.008, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 2-2-2011, Plenário, *DJE* de 6-5-2011, com repercussão geral, repetindo a linha dada na ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 15-12-1993, Plenário, *DJ* de 18-3-1994).

Quanto ao voto secreto, direto, universal e periódico, entendemos que essa cláusula pétrea visa defender a cidadania e a democracia. Embora haja redundância com a cláusula pétrea vista acima, o Poder Constituinte preferiu dar destaque a esse núcleo imutável da Constituição, tendo em vista os abusos cometidos no passado, com fraudes eleitorais (épocas do coronelismo e voto de cabresto) e períodos ditatoriais diversos, nos quais imperavam o voto indireto e ainda a suspensão das eleições.

O voto direto consiste na *escolha pelo eleitor*, sem intermediário, de seus representantes nos Parlamentos municipais, estaduais e federal, bem como nas Chefias dos respectivos Poderes Executivos. Também consta da Constituição a eleição de juiz de paz (arts. 98, II, da CF e 30 do ADCT). No tocante ao Poder Judiciário, a Constituição prevê *concurso público* ou, no máximo, *nomeação condicionada* em casos específicos dos Tribunais (por exemplo, quanto aos Ministros do STF, condicionada ao notório saber jurídico, reputação ilibada, determinada faixa etária – entre 35 e 65 anos – e, especialmente, indicação pelo Presidente e aprovação por maioria absoluta do Senado Federal).

O art. 81 da CF/88 impõe exceção ao voto direto no plano federal, que pode ser reproduzida nos planos estaduais e municipais (reprodução não obrigatória), ao determinar a *escolha indireta*, pelo Congresso Nacional, de Presidente e Vice-Presidente da República no caso de vacância desses cargos nos dois últimos anos do mandato presidencial. Também há exceção constitucional ao voto direto quanto à escolha de Governador de Território, que será nomeado pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado.

O *voto secreto* consiste na impossibilidade de se conhecer a identidade do eleitor nas suas escolhas. A liberdade de escolha do eleitor seria desfigurada e sujeita a pressões, caso o voto fosse aberto. Por sua vez, o voto *universal* consiste no reconhecimento do direito de qualquer indivíduo, na medida do razoável, de votar. Há critérios razoáveis que moldam a universalidade do voto, que consistem na (i) idade mínima de 16 anos (voto facultativo), (ii) alistamento eleitoral e (iii) nacionalidade brasileira, além de (iv) não estar com os direitos políticos suspensos.

Em 2011, o STF deferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, para suspender os efeitos do art. 5º da Lei n. 12.034/2009, que dispunha sobre a criação, a partir das eleições de 2014, do *voto impresso*, concomitante ao atual voto eletrônico. A relatora Min. Cármen Lúcia considerou verdadeiro retrocesso a volta do voto registrado em papel, pois a impressão do voto feriria o direito inexpugnável ao voto secreto, favorecendo a coação de eleitores pela possibilidade de vincular o voto ao eleitor. Por outro lado, a urna eletrônica, atualmente utilizada, permite que o resultado fosse apurado – de modo seguro – sem a identificação do votante. Para o STF, a impressão do voto criaria discriminação odiosa em relação às pessoas com deficiências

visuais e aos analfabetos, “que não teriam como verificar seus votos, para o que teriam de buscar ajuda de terceiros, em detrimento do direito ao sigilo igualmente assegurado a todos” (ADI 4543 MC/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 19-10-2011, Informativo STF, Brasília, 17 a 21-10-2011, n. 645).

Já o *voto periódico* é fruto da própria existência do princípio republicano, que repudia os postos vitalícios ou hereditários. O voto periódico é aquele que é realizado em determinados lapsos de tempo, podendo ser permitido apenas um número razoável de reconduções. No Brasil, o § 5º do art. 14 da CF prevê que o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. Assim, apenas uma recondução é permitida. Para burlar essa regra, alguns políticos criaram a figura do “prefeito itinerante”: após cumprir dois mandatos como Prefeito em um Município, buscam outro mandato em município contíguo, aproveitando-se da reputação e notoriedade para obter vantagem sobre os demais rivais. O STF ainda não terminou o julgamento de um caso envolvendo “Prefeito itinerante”, mas o relator, Min. Luiz Fux, já votou no sentido de que a alteração do domicílio eleitoral com a finalidade de burla à regra constitucional que tolera a reeleição por uma única vez é inadmissível (AC 2821 MC-AgR/AM, rel. Min. Luiz Fux, 25-8-2011, julgamento ainda em curso – pedido de vista).

O respeito das cláusulas pétreas é fiscalizado por um controle *preventivo* e *repressivo*. Para o STF, o congressista (deputado ou senador) tem o direito líquido e certo a um processo legislativo hígido, no qual não se discuta PEC – Proposta de Emenda Constitucional – que fira as cláusulas pétreas. Há, então, um *controle judicial preventivo* perante o STF por mandado de segurança quanto à obediência às cláusulas pétreas. Além desse controle preventivo, há o tradicional controle preventivo de constitucionalidade exercido pela Comissão de Constituição e Justiça de cada Casa do Congresso Nacional. Já o controle *repressivo* será feito pela via *difusa* ou pela via *do controle abstrato* por ação direta perante o Supremo Tribunal Federal[2].

QUADRO SINÓTICO

Constituição de 1988, fundamentos, objetivos e a internacionalização dos direitos humanos	
Fundamentos da República	I – Soberania: consiste no poder político independente na esfera internacional e, na esfera interna, no poder político titularizado pelo povo, redundando na soberania popular. II – Cidadania: consiste em um conjunto de direitos e obrigações referentes à participação do indivíduo na formação da vontade do poder estatal. • Facetas da cidadania: 1) cidadania-eleição, que permite ao cidadão-eleitor votar e ser votado; 2) cidadania-fiscalização, que permite ao cidadão propor a ação popular, noticiar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU, ou ainda ser eleito conselheiro do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público; 3) a cidadania-propositiva, que permite ao cidadão dar início a projetos de lei; 4) cidadania-conciliação, que permite ao cidadão ser eleito Juiz de Paz. • Quase nacionalidade: estatuto da igualdade dos portugueses com a situação jurídica de brasileiro naturalizado, o que permite o exercício de direitos políticos para aquele português que obtém a igualdade de direitos. III – Dignidade da pessoa humana: consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. IV – Valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. V – Pluralismo político.

Objetivos da República	• Construção de uma sociedade livre, justa e solidária; • Desenvolvimento nacional; • Erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; • Promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
A expansão dos direitos humanos e sua internacionalização na CF/88	• Constituição de 1988: marco na história constitucional brasileira na temática dos direitos humanos: a) Introdução do mais extenso e abrangente rol de direitos das mais diversas espécies, incluindo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além de várias garantias constitucionais, algumas inéditas, como o mandado de injunção e o *habeas data*. b) Essa enumeração de direitos e garantias não é exaustiva: princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais ou abertura da Constituição aos direitos humanos, que foi baseada também nos tratados internacionais celebrados pelo Brasil. c) Há um capítulo específico para os direitos sociais, sendo ainda possível novos direitos sociais decorrentes do regime e princípios, bem como dos tratados celebrados pelo Brasil. d) Determinação de que o Brasil cumpra o princípio da “prevalência dos direitos humanos”. e) Determinação de que o Brasil propugne pela formação de um “tribunal internacional de direitos humanos”.

	• Consequências do novo perfil constitucional favorável ao Direito Internacional: a) Ratificação dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, das Convenções contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da Convenção Americana de Direitos Humanos, além da celebração de todos os mais relevantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos. b) Reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que representou um passo decisivo para aceitar o universalismo na área dos direitos humanos. c) Aceitação da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, com a ratificação indistinta de tratados voltados a direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais.

Superioridade normativa	
A supremacia da Constituição e os direitos humanos:	• Supremacia da Constituição: consiste na sua qualidade de norma superior, que representa o pressuposto de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico. • Superioridade do ponto de vista material: a Constituição contempla os valores considerados superiores pela vontade geral (poder constituinte) de uma comunidade. • Superioridade do ponto de vista formal: a Constituição está no cume do ordenamento jurídico, porque prescreve as formas de criação das demais normas e ainda suas próprias regras de alteração (emendas constitucionais). • Parte da doutrina reconhece que as normas constitucionais de direitos humanos possuem certa hierarquia material, com superioridade às demais normas constitucionais, uma vez que são: 1) cláusulas pétreas; 2) princípios constitucionais sensíveis; 3) preceitos fundamentais, defendidos pela ADPF; 4) normas de aplicação imediata. • Filtragem constitucional: exigência de que todas as demais normas do ordenamento jurídico sejam compatíveis com a Constituição. • No caso das normas de direitos humanos, há a filtragem jusfundamentalista ou jusfundamentalização do Direito, que serve para: 1) declarar inconstitucional ou não recepcionada determinada norma ofensiva aos direitos humanos; 2) escolher interpretação conforme aos direitos humanos de determinada norma; 3) exigir que as políticas públicas tornem efetivas as normas de direitos humanos estabelecidas na Constituição.

Cláusulas pétreas:	• São as normas constitucionais insuscetíveis de modificação ou eliminação por emendas à Constituição. • Justificativa: escolha, por parte do Poder Constituinte Originário, de determinados valores que simbolizam a essência do Estado Democrático brasileiro. • Críticas possíveis à existência de cláusulas pétreas: 1) a imutabilidade de determinado conjunto de normas dificulta a atualização constitucional para fazer frente a novos desafios sociais; 2) exigir a ruptura e uma nova ordem constitucional para atualizar a Constituição seria ignorar que o Poder Constituinte Originário Material é titularizado pelo povo e é permanente, não necessitando de uma convocação específica retratada em uma Assembleia Constituinte (Poder Constituinte Originário Formal). • Constituição de 1988: art. 60, § 4º, prevê a impossibilidade de deliberação uma Emenda Constitucional que *tenda a abolir:* "I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais". • É possível que sejam feitas modificações: 1) que fortaleçam; 2) que alterem o quadro normativo, mas com neutralidade, sem prejudicar ou fortalecer o valor previsto. Não é possível uma modificação que enfraqueça o valor contido nas cláusulas pétreas, pois isso é um passo para sua eliminação. • Cláusulas pétreas implícitas: 1) Estado Democrático de Direito; 2) inalterabilidade do próprio art. 60, § 4º, para evitar a chamada teoria da dupla revisão. • Dúvida acerca da expressão "direitos e garantias individuais" na CF/88: o STF adotou a orientação de que são protegidos todos os direitos indispensáveis a uma vida digna e não somente os que, pela literalidade, estão contidos no Capítulo I do Título II da Constituição ("direitos e garantias individuais"). • Voto secreto, direto, universal e periódico – cláusula que visa defender a cidadania e a democracia:

Cláusulas pétreas:	• *Voto direto*: consiste na escolha pelo eleitor, sem intermediário, de seus representantes nos Parlamentos municipais, estaduais e federal, bem como nas Chefias dos respectivos Poderes Executivos, além da eleição do juiz de paz. Exceções: 1) escolha indireta, pelo Congresso Nacional, de Presidente e Vice-Presidente da República no caso de vacância desses cargos nos dois últimos anos do mandato presidencial; 2) escolha de Governador de Território, que será nomeado pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado. • *Voto secreto*: consiste na impossibilidade de se conhecer a identidade do eleitor nas suas escolhas. • *Voto universal*: consiste no reconhecimento do direito de qualquer indivíduo, na medida do razoável, de votar. Critérios razoáveis determinados na CF/88: idade mínima de 16 anos (voto facultativo), alistamento eleitoral e nacionalidade brasileira, além de não estar com os direitos políticos suspensos. • *Voto periódico*: é aquele que é realizado em determinados lapsos de tempo, podendo ser permitido apenas um número razoável de reconduções. • O respeito das cláusulas pétreas é fiscalizado por meio do controle de constitucionalidade: • Controle preventivo: mandado de segurança impetrado por congressista quanto à obediência às cláusulas pétreas; controle exercido pela Comissão de Constituição e Justiça de cada Casa do Congresso Nacional. • Controle repressivo: pela via difusa ou pela via do controle abstrato por ação direta perante o STF.

3. Os tratados de direitos humanos: formação, incorporação e hierarquia normativa no Brasil

3.1. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A FORMAÇÃO E INCORPORAÇÃO DE TRATADOS

3.1.1. Terminologia e a prática constitucional brasileira

A Constituição brasileira possui alguns dispositivos que mencionam tratados, utilizando uma terminologia variada: *tratados internacionais* (arts. 5º, §§ 2º e 3º; 49, I; 84, VIII; 109, V e § 5º), *convenção internacional* (arts. 5º, § 3º; 84, VIII; 109, V), *atos internacionais* (arts. 49, I; 84, VIII), *acordos internacionais* (arts. 49, I; 178; e 52, X, do Ato das Disposições Transitórias) e até mesmo "*compromissos internacionais*" (art. 143, X)[3].

Apesar dos esforços doutrinários em diferenciar essas categorias, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados cristalizou a prática dos Estados em considerar esses termos acima mencionados na Constituição como *sinônimos*, como se vê no seu art. 2º, 1, *a* (Art. 2º,1, *a*: (...) "tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais

instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”[4]).

A Constituição de 1988, seguindo a tradição constitucional brasileira, adota essa multiplicidade de termos da prática internacional, considerando-os equivalentes. O resultado é um processo de formação da vontade do Estado e de incorporação dos *tratados* ao Direito como veremos.

3.1.2. A teoria da junção de vontades

A Constituição de 1988, inicialmente, dispôs que a participação brasileira na formação do Direito Internacional é de competência da União. Prevê o art. 21, I, que compete à União “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”. A União possui um papel dúplice em nosso Federalismo: é ente federado (arts. 1º e 18), de igual hierarquia com os demais entes (Estados, Municípios e Distrito Federal) e, ainda, representa o Estado Federal nas relações internacionais.

A Constituição exigiu um procedimento complexo que une a vontade concordante dos Poderes Executivo e do Legislativo no que tange aos tratados.

As bases constitucionais são o art. 84, VIII, que estabelece competir ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional e, ainda, o art. 49, I, que dispõe que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

A participação dos dois Poderes na formação da vontade brasileira em celebrar definitivamente um tratado internacional consagrou a chamada teoria da junção de vontades *ou* teoria dos atos complexos: para que um tratado internacional seja formado é necessária a conjunção de vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como veremos a seguir.

3.1.3. As quatro fases: da formação da vontade à incorporação

Há três fases que levam a *formação da vontade* do Brasil em celebrar um tratado, assumindo obrigações perante o Direito Internacional: 1) a fase da assinatura; 2) a fase da aprovação congressual (ou fase do Decreto Legislativo); e 3) a fase da ratificação. Há ainda uma *quarta fase,* que é a fase de *incorporação* do tratado já celebrado pelo Brasil, denominada fase do Decreto Presidencial (ou Decreto de Promulgação).

A fase da assinatura é iniciada com as negociações do teor do futuro tratado. As negociações dos tratados internacionais não possuem destaque no corpo da Constituição de 1988, sendo consideradas de atribuição do Chefe de Estado, por decorrência implícita do disposto no art. 84, VIII, que dispõe que *compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e acordos internacion*ais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Usualmente, após uma negociação bem-sucedida, o Estado realiza a assinatura do texto negociado, pela qual manifesta sua predisposição em celebrar, no futuro, o texto do tratado. Por sua vez, há ainda a possibilidade de *adesão* a textos de tratados já existentes, dos quais o Brasil não participou da negociação. A assinatura é de atribuição do Chefe de Estado, fruto do disposto no art. 84, VIII, que utiliza o vocábulo “celebrar” em *sentido impróprio*: a assinatura, em geral, não vincula o Estado brasileiro. Antes, é necessário, de acordo com a

linguagem do próprio art. 84, VIII, o referendo ou aprovação do Congresso Nacional.

Após a assinatura, cabe ao Poder Executivo encaminhar o texto assinado do futuro tratado ao Congresso, no momento em que julgar oportuno. A Constituição de 1988 foi omissa quanto a prazos, enquanto a Constituição de 1967 fixou o prazo de quinze dias após sua assinatura para que o Poder Executivo encaminhasse o texto do tratado ao Congresso Nacional (art. 47, parágrafo único). Na ausência de prazo, entende-se que o *próprio envio é ato discricionário* do Presidente.

A segunda etapa do *iter* de formação dos tratados no Brasil é a da aprovação congressual ou fase do decreto legislativo.

A Constituição de 1824 introduziu essa exigência para os tratados concluídos em tempo de paz envolvendo "cessão ou troca de território do Império ou de Possessões a que o Império tenha direito", determinando que não poderiam ser ratificados sem a aprovação prévia da Assembleia Geral (art. 102, VIII). Para os demais tratados, não era exigida essa anuência prévia, mas tão somente o envio à Assembleia para conhecimento após a ratificação, desde que o interesse ou segurança do Estado permitissem (admitiam-se, então, os tratados secretos).

A Constituição de 1891 generalizou a necessidade de *aprovação congressual antes da ratificação* ao dispor, em seu art. 48, item 16º, que ao Presidente da República cabia celebrar os tratados sempre *ad referendum* do Congresso. Ao Congresso cabia *resolver definitivamente* sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras. Essa fórmula foi o maior avanço constitucional no processo de formação de tratados para o Brasil, impondo a necessidade de aprovação dos textos dos tratados pelo Poder Legislativo.

A Constituição de 1988 repetiu a velha fórmula: cabe ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I) e ainda cabe ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII). Note-se que a expressão latina *ad referendum*, tradicional nas Constituições anteriores, foi substituída pelo equivalente "sujeitos a referendo".

O trâmite da fase da aprovação congressual é o seguinte:

i) O Presidente encaminha mensagem presidencial ao Congresso Nacional, fundamentada (a exposição de motivos é feita pelo Ministro das Relações Exteriores), solicitando a aprovação congressual ao texto do futuro tratado, que vai anexado na versão oficial em português.

ii) Como é iniciativa presidencial, o trâmite é iniciado pela Câmara dos Deputados, no rito de aprovação de decreto legislativo, que é espécie legislativa que veicula matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional. De acordo com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a Mensagem Presidencial é encaminhada, inicialmente, para a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, que prepara o projeto de decreto legislativo (PDC). Após, o projeto é apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que analisa a constitucionalidade do texto do futuro tratado. O próximo passo é o parecer sobre a conveniência e oportunidade da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, bem como de outras Comissões temáticas, a depender da matéria do futuro tratado. O PDC é remetido ao Plenário da Câmara, para aprovação por maioria simples (veremos

depois o caso especial dos tratados de direitos humanos), estando presente a maioria absoluta dos membros da Casa (art. 47 da CF/88).

iii) Após a aprovação no plenário da Câmara, o projeto é apreciado no Senado. No Senado, o projeto é encaminhado à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. Em seu rito normal, após o parecer dessa Comissão, o projeto é votado no Plenário. Há, contudo, um rito abreviado previsto no art. 91, § 1º, do Regimento do Senado, que possibilita ao Presidente do Senado, ouvidas as lideranças, conferir à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional a apreciação terminativa (final) do projeto. Aprovado no rito normal (plenário) ou no rito abreviado (Comissão), o Presidente do Senado Federal promulga e publica o Decreto Legislativo. Caso o Senado apresente emenda (*vide* abaixo a possibilidade de emenda na fase da aprovação congressual), o projeto retorna para a Câmara (Casa Iniciadora) para a apreciação, que a analisará. Rejeitada a emenda pela Câmara, o projeto de decreto legislativo segue para o Presidente do Senado Federal para promulgação e publicação. O texto do tratado internacional é publicado no anexo ao Decreto Legislativo no Diário do Congresso Nacional.

Não há prazo para o término do rito de aprovação congressual, mesmo quanto aos tratados de direitos humanos. Tudo depende da *conveniência política*: o projeto pode ser rapidamente analisado e aprovado, ou arrastar-se por décadas.

A atuação legislativa na análise do tratado é reduzida, com pouca margem de interferência: em geral, cabe ao Congresso aprovar ou rejeitar o projeto. Caso o projeto de decreto legislativo seja rejeitado na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, há o envio de mensagem ao Presidente da República, informando-o do ocorrido.

Como a Constituição é omissa quanto às emendas a textos de tratados, o Congresso Nacional brasileiro, utilizando a máxima *qui potest maius potest minus* (quem pode o mais, pode o menos), aceita aprovar tratados com emendas, que assumem a forma de "ressalvas". Em geral, as alterações do texto do tratado podem ser impostas pelo Congresso Nacional da seguinte forma:

i) Basta que não sejam aprovados determinados dispositivos, que ficam ressalvados no texto do Decreto Legislativo: sem a aprovação do Congresso, o Presidente não terá outra escolha a não ser impor reservas desses dispositivos no momento da ratificação (a reserva é o *ato unilateral pelo qual o Estado, no momento da celebração final, manifesta seu desejo de excluir ou modificar o texto do tratado*).

ii) Além disso, a emenda pode exigir a modificação de parte do texto do tratado, cuja nova redação também consta do Decreto Legislativo, que também será comunicada pelo Presidente aos demais parceiros internacionais sob a forma de reservas.

iii) Caso o Presidente não concorde com tais ressalvas, sua única opção é não ratificar o tratado.

A fórmula usual de redação do Decreto Legislativo é concisa, com dois artigos e um parágrafo: no primeiro, fica expressa a vontade congressual em aprovar o texto do tratado ("Fica aprovado"), contendo as *ressalvas* eventualmente impostas de artigos; em seu parágrafo único, repete-se, em clara redundância, a fórmula do art. 49, I, da CF/88, dispondo que ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que impliquem revisão

do tratado, bem como quaisquer atos que, nos termos do inciso I do *caput* do art. 49 da CF/88, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; o segundo artigo dispõe que o Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação. Com isso, fica o Presidente da República autorizado a celebrar em definitivo o tratado por meio da ratificação ou ato similar.

Aprovado o Decreto Legislativo, o Presidente da República, querendo, pode, em nome do Estado, celebrar em definitivo o tratado, o que é feito, em geral, pela ratificação. O Presidente da República pode, também, formular reservas ao ratificar o tratado internacional, além daquelas que, obrigatoriamente, lhe foram impostas pelas ressalvas ao texto aprovado pelo Congresso (*vide* acima). Não há a necessidade de submeter essas novas reservas ao Congresso, uma vez que se trata de desejo de não submissão do Brasil à norma internacional. Esse desejo não é passível de controle pelo Congresso, da mesma maneira que não pode ser obrigado o Presidente a ratificar um determinado tratado internacional, em nome da separação das funções do poder.

A leitura dos arts. 84, VIII, e 49, I, em conjunto faz nascer um mínimo denominador comum: caso o Congresso ou, nesse tópico do estudo, o Presidente, não aceite determinada disposição convencional, ela *deve ser sujeita à reserva*. Por isso, a celebração de um tratado é um ato complexo: não basta a vontade isolada de um Poder: é necessária a junção da vontade dos Poderes Legislativo e Executivo.

Não há um prazo no qual o Presidente da República deve celebrar em definitivo o tratado, em face do próprio dinamismo da vida internacional. Como o Congresso Nacional não possui prazo para aprovar o texto do futuro tratado, nada impede que a aprovação se tenha realizado tardiamente, desaparecidas as condições convenientes da época da assinatura do tratado pelo Presidente. Logo, *não é adequado exigir que a ratificação seja obrigatória*: ela é da alçada discricionária do Presidente.

Resta ainda verificar quando o tratado entrará em vigor, pois isso depende do texto do próprio tratado. Há tratados que estabelecem um número mínimo de Estados partes e há tratados que exigem o decurso de um lapso temporal para que comecem a viger. Essa executoriedade no plano internacional é essencial para que o tratado possa ser, coerentemente, exigido no plano interno. Seria violar o próprio conceito de “tratado”, exigir internamente o cumprimento de seus termos, se ainda o tratado não entrou em vigor internacionalmente.

Temos, após a ratificação e entrada em vigor do tratado no plano internacional, o fim do ciclo de formação de um tratado para o Brasil.

Porém, a norma, válida internacionalmente, não será válida internamente até que seja editado o Decreto de Promulgação (também chamado de Decreto Executivo ou Decreto Presidencial) pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores (art. 87, I, da Constituição), que incorpora ou recepciona internamente o tratado.

Esse Decreto *inova* a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno. Não há prazo para sua edição e até lá o Brasil está vinculado internacionalmente, mas não internamente: esse descompasso enseja a óbvia responsabilização internacional do Brasil. De fato, há casos de edição de decreto executivo quase um ano após a entrada em vigor internacional do tratado. Entretanto, o STF decidiu, reiteradamente, que o *decreto de*

promulgação é indispensável para que o tratado possa ser recepcionado e aplicado internamente, justificando tal exigência em nome da publicidade e segurança jurídica a todos (CR 8.279-AgR, Rel. Min. Presidente Celso de Mello, julgamento em 17-6-1998, Plenário, *DJ* de 10-8-2000).

3.1.4. A hierarquia normativa ordinária ou comum dos tratados

A Constituição de 1988 não contém capítulo específico sobre a relação do direito interno com o direito internacional: consequentemente, os dispositivos sobre a hierarquia dos tratados estão espalhados no texto da Constituição. Sem ingressar ainda na temática dos tratados de direitos humanos, que será estudado a seguir, os dispositivos tradicionalmente levados em consideração na análise da hierarquia dos tratados em geral são os artigos: 1) 102, III, *b*; 2) 105, III, *a*; e 3) 47.

O art. 102, III, *b*, dispõe que cabe recurso extraordinário no caso de ter a decisão impugnada considerado inconstitucional "lei ou tratado". Já o art. 105, III, *a* estabelece que cabe recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça quando a decisão impugnada houver violado ou negado vigência a "lei ou tratado". Finalmente, o art. 47 estabelece que, no caso da espécie normativa não possuir quórum de aprovação especificado no texto da Constituição, esse será de *maioria simples*, o que ocorre, por exemplo, com o *decreto legislativo* e com *lei ordinária federal*.

Esses três dispositivos são os que normalmente são invocados para a determinação da hierarquia dos *tratados internacionais comuns* perante o direito brasileiro.

Analisando esses três dispositivos em conjunto, o Supremo Tribunal Federal concluiu que os tratados internacionais incorporados *em geral* possuem o estatuto normativo interno *equivalente ao da lei ordinária federal*. Essa é a *hierarquia ordinária ou comum* dos tratados em geral: equivalência à lei ordinária federal. A justificativa é simples. Em primeiro lugar, o art. 102, III, *b* , determina que o estatuto dos tratados é *infraconstitucional*, pois permite o controle de constitucionalidade dos tratados. Em segundo lugar, os arts. 47 e 105, III, *a*, cuidam dos tratados da mesma maneira que as leis em dois momentos: no quórum de aprovação (maioria simples para a lei e para o decreto legislativo) e na definição de um mesmo recurso (recurso especial) para a impugnação de decisões inferiores que os contrariarem ou lhes negarem vigência.

Esse estatuto equivalente à lei ordinária foi consagrado, ainda antes da Constituição de 1988, no Recurso Extraordinário 80.004, de 1977 (RE 80.004/SE – Relator p/ o acórdão Min. Cunha Peixoto, julgamento em 1º-6-1977, *DJU* de 29-12-1977). Após 1988, o Supremo Tribunal Federal possui precedente claro sobre a *hierarquia comum dos tratados internacionais*: a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480. Nesse precedente, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, de início, que os tratados se subordinam à nossa Constituição, pois no "sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política" (ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-9-1997,

Plenário, *DJ* de 18-5-2001).

Para o STF, fundado na supremacia da Constituição da República, no conflito entre qualquer norma constitucional e um tratado em geral (*cuidado: ver as situações especiais abaixo*), a Constituição sempre prevalecerá, devendo ser a incompatibilidade exposta nos controles difuso e concentrado de constitucionalidade. Os diplomas normativos a serem atacados serão o Decreto Legislativo e o Decreto de Promulgação, pois seriam os atos domésticos que levaram à recepção das normas convencionais ao sistema de direito positivo interno.

Nas palavras do Min. Celso de Mello: "Supremacia da CF sobre todos os tratados internacionais. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão *subordinados à autoridade normativa* da CF. *Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política*. Precedentes" (MI 772-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 24-10-2007, Plenário, *DJE* de 20-3-2009, grifo nosso).

Podem gerar a inconstitucionalidade de um tratado: (i) transgressões formais e orgânicas à Constituição, fruto da violação do *iter* de formação dos tratados (por ter o Presidente excedido suas competências, por exemplo) e (ii) as transgressões de fundo, no caso de texto do tratado colidir com o conteúdo da Constituição.

A solução dos conflitos entre lei e tratado, de acordo com o STF, não é resolvida pelo critério hierárquico, mas sim pelo uso alternativo do *critério cronológico* (*later in time,* o último diploma suspende a eficácia do anterior que lhe for incompatível, ou, no brocardo latino, *lex posterior derogat priori*) ou, ainda, quando possível, do *critério da especialidade*.

Em síntese, trata-se de paridade normativa entre tratados comuns e leis ordinárias, o que impõe, na visão do STF:

1) a submissão do tratado internacional ao texto constitucional;

2) a utilização do critério cronológico ou da especialidade na avaliação do conflito entre tratado e lei;

3) tal qual assinalava o voto de Leitão de Abreu (RE 80.004/77), há suspensão de eficácia do texto do tratado e não sua revogação pela lei posterior contrária.

Apesar dos ventos da redemocratização e do apelo da Constituição de 1988 à cooperação internacional (art. 4º, IX), não houve mudança da orientação do STF quanto à hierarquia normativa dos tratados em geral.

A antiga orientação, consagrada no RE 80.004, de 1977, foi seguida e atualmente (2012) os tratados internacionais comuns incorporados internamente são *equivalentes* à lei ordinária federal. Consequentemente, *não há a prevalência automática dos atos internacionais em face da lei ordinária*, já que a ocorrência de conflito entre essas normas deveria ser resolvida pela aplicação do critério cronológico (a normatividade posterior prevalece – *later in time*) ou pela aplicação do critério da especialidade.

Futuramente, é possível que, com a ratificação e incorporação interna em 2009 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o STF seja influenciado pelo seu art. 27, que

dispõe que nenhum Estado pode invocar dispositivos internos para não cumprir os comandos de um tratado, o que modificaria a paridade normativa hoje existente entre tratado e leis ordinárias.

Resta analisar o caso especial que nos interessa, que é o tratamento diferenciado aos tratados de *direitos humanos*.

QUADRO SINÓTICO

As normas constitucionais sobre a formação e incorporação de tratados	
Terminologia	• Constituição brasileira utiliza terminologia variada para designar os tratados: tratados internacionais, convenção internacional, atos internacionais, acordos internacionais e "compromissos internacionais". • Tais termos são sinônimos para a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que define tratado como: "um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".
A teoria da junção de vontades	• União: papel dúplice no Federalismo brasileiro: é ente federado, de igual hierarquia com os demais entes (Estados, Municípios e Distrito Federal) e, ainda, representa o Estado Federal nas relações internacionais. • Constituição exigiu um procedimento complexo para a formação da vontade do Brasil no plano internacional, que une a vontade concordante dos Poderes Executivo e do Legislativo no que tange aos tratados internacionais. • Bases constitucionais: • art. 84, VIII (estabelece competir ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional) e • art. 49, I (dispõe que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional). • Teoria da junção de vontades ou teoria dos atos complexos: para que um tratado internacional seja formado, é necessária a conjunção de vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

A hierarquia normativa ordinária ou comum dos tratados	• Dispositivos constitucionais comumente utilizados para esclarecer o tema da hierarquia dos tratados, ante a ausência de dispositivo expresso sobre a questão: 1) Art. 102, III, *b:* determina que cabe recurso extraordinário no caso de ter a decisão impugnada considerado inconstitucional "lei ou tratado"; assim, considera que o estatuto dos tratados é infraconstitucional, pois permite o controle de constitucionalidade dos tratados. 2) Art. 105, III, *a*: determina que cabe recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça quando a decisão impugnada houver violado ou negado vigência a "lei ou tratado"; assim, define o mesmo recurso (recurso especial) utilizado para as leis para a impugnação de decisões inferiores que os contrariarem ou lhes negarem vigência. 3) Art. 47: determina que, no caso de a espécie normativa não possuir quórum de aprovação especificado no texto da Constituição, esse será de maioria simples; assim, dá tratamento igual a tratados e leis, ao estabelecer o quórum de aprovação (maioria simples para a lei e para o decreto legislativo). • Analisando referidos dispositivos em conjunto, o STF concluiu que os tratados internacionais incorporados em geral possuem o estatuto normativo interno equivalente ao da lei ordinária federal. • Evolução da jurisprudência: • Antes da CF/88: RE 80.004, de 1977: estatuto equivalente à lei ordinária foi consagrado.

A hierarquia normativa ordinária ou comum dos tratados	• Após 1988: precedente sobre a hierarquia comum dos tratados internacionais: na ADIN-MC 1.480, o STF: a) estabeleceu o estatuto inferior à Constituição, de forma que transgressões formais e de fundo podem gerar a inconstitucionalidade do tratado; e b) consagrou o estatuto do tratado como equivalente à lei ordinária federal, de forma que as soluções de conflitos entre lei e tratado se dão por meio dos critérios cronológico e de especialidade, mas não pelo não hierárquico. • A paridade normativa entre tratados em geral e leis ordinárias impõe: 1) a submissão do tratado internacional ao texto constitucional; 2) a utilização do critério cronológico ou da especialidade na avaliação do conflito entre tratado e lei; 3) a suspensão de eficácia do texto do tratado e não sua revogação pela lei posterior contrária. • Não houve mudança da orientação do STF quanto à hierarquia normativa dos tratados em geral: atualmente, permanece a orientação de que os tratados internacionais comuns incorporados internamente são equivalentes à lei ordinária federal.

As quatro fases: da formação da vontade à incorporação	
Três fases que levam à formação da vontade do Brasil em celebrar um tratado, assumindo obrigações perante o Direito Internacional:	
1) FASE DA ASSINATURA	• É iniciada com as negociações do teor do futuro tratado, que são consideradas atribuição do Chefe de Estado. • Com a assinatura, o Estado manifesta sua predisposição em celebrar, no futuro, o texto do tratado. • A assinatura, em geral, não vincula o Estado brasileiro, sendo necessário o referendo do Congresso Nacional. • É possível a adesão a textos de tratados já existentes, dos quais o Brasil não participou da negociação. • Após a assinatura, cabe ao Poder Executivo encaminhar o texto assinado do futuro tratado ao Congresso, no momento em que julgar oportuno, já que a Constituição de 1988 foi omissa quanto ao prazo.
2) FASE DA APROVAÇÃO CONGRESSUAL (OU FASE DO DECRETO LEGISLATIVO)	• Trâmite da aprovação congressual: **1.** Presidente encaminha mensagem presidencial ao Congresso Nacional, fundamentada, solicitando a aprovação congressual ao texto do futuro tratado, que vai anexado na versão oficial em português. A exposição de motivos é feita pelo Ministro das Relações Exteriores. **2.** O trâmite é iniciado pela Câmara dos Deputados (iniciativa presidencial), no rito de aprovação de decreto legislativo. **2.1.** A mensagem presidencial é encaminhada para a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, que prepara o projeto de decreto legislativo (PDC). **2.2.** O projeto é apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que analisa a constitucionalidade do texto do futuro tratado.

2) FASE DA APROVAÇÃO CONGRESSUAL (OU FASE DO DECRETO LEGISLATIVO)	**2.3.** Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional emite parecer sobre a conveniência e oportunidade, bem como outras Comissões temáticas, a depender da matéria do futuro tratado. **2.4.** O PDC é remetido ao Plenário da Câmara, para aprovação por maioria simples, estando presente a maioria absoluta dos membros da Casa. **3.** Após a aprovação no plenário da Câmara, o projeto é apreciado no Senado. **3.1.** O projeto é encaminhado à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. **3.2.** No rito normal, após o parecer da Comissão, o projeto é votado no Plenário. No rito abreviado (regimental), o Presidente do Senado pode, ouvidas as lideranças, conferir à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional a apreciação terminativa do projeto. **3.3.** Aprovado o projeto, o Presidente do Senado Federal promulga e publica o Decreto Legislativo. **3.4.** Caso o Senado apresente emenda, o projeto retorna para a Câmara para a apreciação, que a analisará. Rejeitada a emenda pela Câmara, o projeto de decreto legislativo segue para o Presidente do Senado Federal para promulgação e publicação. **3.5.** O texto do tratado internacional é publicado no anexo ao Decreto Legislativo no Diário do Congresso Nacional. • Caso o projeto de decreto legislativo seja rejeitado na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, há o envio de mensagem ao Presidente da República, informando-o do ocorrido. • O Congresso Nacional aceita aprovar tratados com emendas, que assumem a forma de “ressalvas”. Se dispositivos não forem aprovados pelo Congresso Nacional, ficam ressalvados no Decreto Legislativo e Presidente terá que impor reservas desses dispositivos no momento da ratificação. Se a emenda exigir a modificação de parte do texto do tratado, a nova redação também deve constar do Decreto Legislativo. Se o Presidente não concordar com as ressalvas, sua única opção é não ratificar os tratados.

3) FASE DA RATIFICAÇÃO	• Após a aprovação congressual, querendo, o Presidente da República pode, em nome do Estado, celebrar o tratado em definitivo. • O Presidente pode formular reservas, além daquelas que obrigatoriamente lhe foram impostas pelas ressalvas ao texto aprovado pelo Congresso. A reserva é o ato unilateral pelo qual o Estado, no momento da celebração final, manifesta seu desejo de excluir ou modificar o texto do tratado. • Não há a necessidade de submeter essas novas reservas ao Congresso. • Não há um prazo no qual o Presidente da República deve celebrar em definitivo o tratado. • A entrada em vigor depende do texto do próprio tratado. A executoriedade no plano internacional é essencial para que o tratado possa ser, coerentemente, exigido no plano interno.

Fase de incorporação do tratado já celebrado pelo Brasil no plano interno (após a ratificação e entrada em vigor do tratado no plano internacional):

4) FASE DO DECRETO PRESIDENCIAL (OU DECRETO DE PROMULGAÇÃO)	• Para que a norma válida internacionalmente seja também válida internamente, deve ser editado o Decreto de Promulgação (também chamado de Decreto Executivo ou Decreto Presidencial) pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores (art. 87, I, da Constituição). • O Decreto inova a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno. • Não há prazo para sua edição, mas, ainda sem sua edição, o Brasil está vinculado internacionalmente, mas não internamente, o que pode ensejar a responsabilização internacional do Estado.

3.2. PROCESSO LEGISLATIVO, APLICAÇÃO E HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EM FACE DO ART. 5º, E SEUS PARÁGRAFOS, DA CF/88

3.2.1. Aspectos gerais

A Constituição de 1988 possui poucos artigos que tratam do *processo de formação e incorporação dos tratados,* como vimos acima. Também foi concisa naquilo que se esperaria de uma Constituição que tem como epicentro a dignidade humana (art. 1º, III): um tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos.

Por isso, a doutrina e a jurisprudência debateram, com profundidade e muitas divergências, as diferenças entre um tratado sobre um tema qualquer e um tratado de direitos humanos, com foco em duas áreas: 1) o processo legislativo e aplicação imediata dos tratados de direitos humanos; e 2) a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos.

A situação ficou ainda mais complexa depois da Emenda Constitucional n. 45, que introduziu na Constituiçao de 1988 o § 3º do art. 5º, que dispõe: “Os tratados e convenções

internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Esse dispositivo não encerrou os debates sobre o tema, como veremos abaixo.

3.2.2. A situação antes da Emenda Constitucional n. 45/2004: os §§ 1º e 2º do art. 5º

Após a edição da Constituição de 1988, parte da doutrina apoiou a tese de que os tratados de direitos humanos eram diferenciados dos demais tratados em virtude da redação dos dois parágrafos originais do art. 5º.

O § 1º estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esse termo “aplicação imediata” teria, para uma determinada parte da doutrina, a consequência da dispensa do *decreto de promulgação.* Consequentemente, houve quem defendesse que, desde 1988, a Constituição ordenava a dispensa da incorporação e a *adoção automática* dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Bastaria o ato de ratificação e a entrada em vigor, no plano internacional, do tratado de direitos humanos para que esse fosse, automaticamente, válido internamente[5]. O Supremo Tribunal Federal, contudo, interpretou o art. 5º, § 1º restritivamente, pois este regeria somente a *aplicação interna dos direitos e garantias fundamentais,* sem relação, então, com a necessidade ou não de decreto executivo na incorporação de tratados. Assim, para o STF, nada mudou no processo de formação e incorporação dos tratados: todos (inclusive os de direitos humanos) deveriam passar pelas quatro fases vistas acima (assinatura, decreto legislativo, ratificação e decreto presidencial) para que pudessem ter *validade nacional.*

Por outro lado, o art. 5º, § 2º, da CF dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem outros decorrentes* do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A expressão “não excluem outros decorrentes (...) dos tratados” fez com que parte da doutrina defendesse que a Constituição havia adotado a *hierarquia constitucional* dos tratados de direitos humanos.

Veremos, a seguir, as minúcias da hierarquia dos tratados de direitos humanos e a situação atual.

QUADRO SINÓTICO

A situação antes da Emenda Constitucional n. 45/2004: os §§ 1º e 2º do art. 5º

• Após a edição da CF/88, parte da doutrina apoiou a tese de que os tratados de direitos humanos eram diferenciados dos demais tratados em virtude da redação dos dois parágrafos originais do art. 5º, com base nos seguintes argumentos:

1) Art. 5º, § 1º: estabelece a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais – consequentemente, para parte da doutrina, haveria a dispensa do decreto de promulgação, bastando apenas a entrada em vigor interncional e a ratificação para que o tratado fosse válido internamente. Entretanto, o STF entendeu que todos os tratados, inclusive os de direitos humanos, deveriam passar pelas quatro fases de incorporação de tratados, carecendo de decreto de promulgação para validade interna.

2) Art. 5º, § 2º: dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte – consequentemente, para parte da doutrina, a CF/88 havia adotado a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos.

3.3. A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

3.3.1. Aspectos gerais

De 1988 a 2008, o STF decidiu a favor da tese de que os tratados de direitos humanos *teriam a mesma hierarquia dos demais tratados*, considerados equivalentes à lei ordinária federal (como visto acima).

Assim, mesmo os tratados de direitos humanos teriam estatuto normativo equivalente à lei ordinária federal. O caso da *prisão civil do depositário infiel* é exemplar. Essa prisão foi expressamente proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que, em seu art. 7º, 7 , veda a prisão civil com exceção da decorrente de obrigação alimentar. Ainda na década de 90 do século passado, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Convenção Americana de Direitos teria *estatuto de lei ordinária federal* e, logo, deveria ser *subordinada ao texto constitucional brasileiro*, que, em seu art. 5º, LXVII, menciona, além da prisão civil decorrente do inadimplemento de obrigação alimentar, a hipótese da prisão civil do depositário infiel.

A ementa do acórdão no HC 72.131, *julgado em 1995*, *leading case* do tema à época não deixa dúvida: “Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (...), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no art. 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado” (HC 72.131, voto do Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, Plenário, julgamento em 23-11-1995, Plenário, *DJ* de 1º-8-2003).

Para reforçar tal visão, o STF comparou a Constituição de 1988 com a Constituição

argentina, a qual, depois da reforma de 1994, consagrou expressamente a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos. Para a Corte Suprema brasileira, a diferença entre as duas Constituições demonstrava que, quando o constituinte almeja estabelecer um *status normativo diferenciado* aos tratados de direitos humanos, ele assim o faz expressamente.

Tal entendimento do STF, todavia, sempre possuiu ferozes críticos. Em primeiro lugar, houve quem defendesse o estatuto *supraconstitucional* dos tratados internacionais de direitos humanos[6], com base na necessidade de cumprimento dos tratados, mesmo se contrariassem a Constituição. Para outra parte da doutrina, o art. 5º, § 2º, asseguraria a *hierarquia de norma constitucional* aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, pois sua redação ("Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros *decorrentes* ... dos tratados internacionais...") gera *cláusula de abertura* que forneceria aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos a almejada *estatura constitucional*[7].

Para conciliar a visão majoritária do Supremo Tribunal Federal de *estatura equivalente a mera lei ordinária federal* com a visão doutrinária de natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, o então Ministro Sepúlveda Pertence, em *passagem na fundamentação do seu voto* no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785-RJ, sustentou que deveríamos "aceitar a outorga de *força supralegal* às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes". Essa posição conciliatória de Pertence em 2000 (tratados de direitos humanos ficariam acima das leis e abaixo da Constituição) não logrou inicialmente apoio no STF até a aposentadoria do Ministro (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-2000, Plenário, *DJ* de 22-11-2002, grifo nosso).

Assim sendo, até a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004 havia intenso debate doutrinário sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente em virtude do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição.

Tal *caos* sobre a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos pode ser resumido em quatro posições de maior repercussão:

i) natureza supraconstitucional, em face de sua origem internacional;

ii) natureza constitucional (forte apoio doutrinário);

iii) natureza equiparada à lei ordinária federal (majoritária no STF, de 1988 a 2008);

iv) natureza supralegal (acima da lei e inferior à Constituição, voto solitário do Min. Sepúlveda Pertence, no RHC 79.785/RJ).

Apesar da diversidade de posições, o posicionamento do STF até 2008 foi o seguinte: o tratado de direitos humanos possuía hierarquia equivalente à lei ordinária federal, como todos os demais tratados incorporados.

3.3.2. As diferentes visões doutrinárias sobre o impacto do rito especial do art. 5º, § 3º, na hierarquia dos tratados de direitos humanos

Em face desse caos e da resistência do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, o movimento de direitos humanos

buscou convencer o Congresso a aprovar emenda constitucional contendo tal reconhecimento.

Foi, então, aprovada a Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu o § 3º no art. 5º da CF/88, com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A redação final aprovada do dispositivo foi recebida, contudo, com pouco entusiasmo pelos defensores de direitos humanos, pelos seguintes motivos: 1) condicionou a hierarquia constitucional ao rito idêntico ao das emendas constitucionais, aumentando o quórum da aprovação congressual futura e estabelecendo dois turnos, tornando-a mais dificultosa; 2) sugeriu, ao usar a expressão “que forem”, a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos no pós-Emenda: os aprovados pelo rito equivalente ao da emenda constitucional e os aprovados pelo rito comum (maioria simples); 3) nada mencionou quanto aos tratados anteriores à Emenda.

Cançado Trindade, em contundente voto em separado no Caso Damião Ximenes, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criticou duramente o citado parágrafo: “(...) mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988”. Para sintetizar, Cançado Trindade o denomina “aberração jurídica” (parágrafos 30 e 31 do citado Voto em Separado).

Após a Emenda Constitucional, houve quem defendesse sua inconstitucionalidade nesse ponto, por ter piorado a hierarquia dos tratados de direitos humanos e, assim, violado cláusula pétrea (art. 60, § 4º, referente à proibição de emenda que tenda a abolir direitos e garantias individuais). Essa visão era baseada na crença da existência anterior do estatuto constitucional dos tratados internacionais de direitos, fundado na interpretação do alcance do art. 5º, § 2º, não aceita pelo STF. Essa visão também não foi aceita pelo próprio STF, que, em mais de uma ocasião, fez referência ao art. 5º, § 3º, sem qualquer alegação de inconstitucionalidade.

Por outro lado, parte da doutrina entendeu que a batalha pela natureza constitucional de todos os tratados internacionais fora perdida; somente alguns seriam equivalentes à emenda constitucional, a saber, os que fossem aprovados pelo rito especial recém-criado. Nessa linha, José Afonso da Silva defendeu que, após a Emenda n. 45, existiriam dois tipos de tratados de direitos humanos: os aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, e os que não aprovados (quer por serem anteriores à EC n. 45/2004 ou, se posteriores, terem sido aprovados pelo rito simples). Os últimos teriam estatuto equivalente à lei ordinária federal e somente os primeiros teriam estatura constitucional[8].

Por sua vez, houve aqueles que sustentaram que o estatuto constitucional se estenderia ao menos aos tratados de direitos humanos aprovados anteriormente, graças ao instituto da *recepção formal*, aceito pelo constitucionalismo brasileiro, tal qual leis ordinárias preexistentes que foram consideradas leis complementares em face do novo posicionamento hierárquico da matéria pela nascente ordem constitucional. Essa posição restou fragilizada em face – novamente – da redação do art. 5º, § 3º, que aceita a possibilidade de tratados no pós-Emenda serem aprovados pelo *rito simples*. Assim, como os tratados anteriores seriam

recepcionados com qual hierarquia, se a EC n. 45/2004 usou a expressão "que forem" no § 3º do art. 5º, abrindo uma alternativa ao Congresso Nacional para aprovar os tratados pelo *rito simples*?

Entre esses dois polos antagônicos, floresceu visão doutrinária defendida, entre outros, por Piovesan[9], que fez interessante compatibilização entre a visão doutrinária minoritária de outrora (estatuto constitucional dos tratados de direitos humanos) com a redação peculiar do rito especial do § 3º e sua expressão "que forem". Nem o § 3º do artigo seria inconstitucional nem os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito simples seriam equivalentes à lei ordinária federal.

Nessa linha conciliatória, *todos* os tratados de direitos humanos – incorporados antes ou depois da EC n. 45, teriam estatuto constitucional, com base no art. 5º, § 2º. Na acepção de Piovesan, todos seriam *materialmente constitucionais*. Porém, os tratados aprovados sob a forma do rito do art. 5º, § 3º, seriam material e formalmente constitucionais.

Ter sido aprovado pelo rito especial do art. 5º, § 3º, e ser, consequentemente, material e formalmente constitucional, acarretaria duas *consequências adicionais* aos tratados de direitos humanos: 1) a impossibilidade de denúncia, pois tais tratados seriam material e formalmente constitucionais; e 2) a inclusão no rol de cláusulas pétreas, uma vez que não poderiam mais ser denunciados e excluídos do nosso ordenamento. Assim, teríamos tão somente a *petrificação* dos tratados de direitos humanos que fossem *aprovados de acordo com o rito especial*, visto que não seriam sujeitos à denúncia (ato unilateral pelo qual o Estado brasileiro manifesta sua vontade de não se engajar perante determinado tratado).

O STF, contudo, adotou outro entendimento, consagrando a "teoria do duplo estatuto", como veremos abaixo.

QUADRO SINÓTICO

A hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos e a EC n. 45/2004	
Debate doutrinário e posição do STF sobre a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos antes da EC n. 45/2004	• Mesmo após a Constituição de 1988, prevalecia, no plano judicial, o posicionamento do STF: o tratado de direitos humanos possuía hierarquia equivalente à lei ordinária federal, como todos os demais tratados incorporados. • Entretanto, até a edição da EC n. 45/2004 houve intenso debate doutrinário sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais. As posições de maior repercussão eram as seguintes: a) natureza supraconstitucional, em face de sua origem internacional; b) natureza constitucional; c) natureza equiparada à lei ordinária federal (STF da época); d) natureza supralegal (acima da lei e inferior à Constituição, voto do Min. Sepúlveda Pertence).

Diferentes visões doutrinárias após a EC n. 45/2004, que introduziu o § 3º no art. 5º da CF/88	• Art. 5º, § 3º, da CF/88: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". • A redação final aprovada do dispositivo gerou ainda diversos debates, com os seguintes posicionamentos: a) inconstitucionalidade do novo parágrafo, por ter piorado a hierarquia dos tratados de direitos humanos e, assim, violado cláusula pétrea; b) somente alguns tratados internacionais seriam equivalentes à emenda constitucional, a saber, os que fossem aprovados pelo rito especial recém-criado; c) o estatuto constitucional se estenderia ao menos aos tratados de direitos humanos aprovados anteriormente, graças ao instituto da recepção formal; d) todos os tratados de direitos humanos, incorporados antes ou depois da EC 45, teriam estatuto constitucional, com base no art. 5º, § 2º, pois todos seriam materialmente constitucionais (Piovesan); as consequências do rito especial seriam apenas duas: 1) a impossibilidade de denúncia, pois tais tratados seriam material e formalmente constitucionais; e 2) a inclusão no rol de cláusulas pétreas, uma vez que não poderiam mais ser denunciados e excluídos do nosso ordenamento.

3.4. A TEORIA DO DUPLO ESTATUTO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS: NATUREZA CONSTITUCIONAL (OS APROVADOS PELO RITO DO ART. 5º, § 3º) E NATUREZA SUPRALEGAL (TODOS OS DEMAIS)

O art. 5º, § 3º, da CF/88 motivou *revisão* do posicionamento do STF sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil. No julgamento do RE 466.343, simbolicamente também referente à prisão civil do depositário infiel, a maioria de votos dos Ministros sustentou novo patamar normativo para os tratados internacionais de direitos humanos, *inspirada* pelo § 3º do art. 5º da CF/88 introduzido pela EC n. 45/2004.

A nova posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ), sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial do art. 5º, § 3º, da CF/88, têm natureza *supralegal*: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei.

O voto do Min. Gilmar Mendes é esclarecedor: "Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, *estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação*

interna. O *status normativo supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC" (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, *DJE* de 5-6-2009, com repercussão geral[10], grifo nosso).

Já os tratados aprovados pelo Congresso pelo rito especial do § 3º ao art. 5º (votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos) terão *estatuto constitucional*.

Ficou consagrada a *teoria do duplo estatuto* dos tratados de direitos humanos: natureza constitucional, para os aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º; natureza supralegal, para todos os demais, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45 e que tenham sido aprovados pelo rito comum (maioria simples, turno único em cada Casa do Congresso).

Em resumo, com a consagração da teoria do duplo estatuto, temos que:

i) as leis (inclusive as leis complementares) e atos normativos são válidos se forem compatíveis, simultaneamente, com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados;

ii) cabe ao Poder Judiciário realizar o chamado controle de convencionalidade nacional das leis;

iii) os tratados recepcionados pelo rito especial previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88 passam a integrar o *bloco de constitucionalidade restrito*, como veremos abaixo, podendo servir de parâmetro para avaliar a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional qualquer.

QUADRO SINÓTICO

A teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos: natureza constitucional (os aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º) e natureza supralegal (todos os demais)
• A introdução do § 3º ao art. 5º da CF/88 motivou recente revisão do posicionamento do STF. *Leading case*: RE 466.343 (referente à prisão civil do depositário infiel): a maioria de votos dos Ministros sustentou novo patamar normativo (natureza supralegal) para os tratados internacionais de direitos humanos. • Ficou consagrada a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos: a) natureza constitucional para os aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º; b) natureza supralegal para todos os demais, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45 e que tenham sido aprovados pelo rito comum (maioria simples, turno único em cada Casa do Congresso). • Como consequência, tem-se que: a) as leis (inclusive as leis complementares) e atos normativos são válidos se forem compatíveis, simultaneamente, com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados; b) os tratados de direitos humanos incorporados pelo rito simples não têm estatuto constitucional, logo não cabe ao Supremo Tribunal Federal analisar, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, a compatibilidade entre leis ou atos normativos e tratado internacional de direitos humanos; c) cabe ao STF realizar o chamado controle de convencionalidade nacional das leis em relação aos tratados recepcionados pelo rito especial previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88, que passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrito.

3.5. O IMPACTO DO ART. 5º, § 3º, NO PROCESSO DE FORMAÇÃO E INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

3.5.1. O rito especial do art. 5º, § 3º, é facultativo: os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito comum depois da EC n. 45/2004

A consagração da teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos não eliminou todas as dúvidas sobre o processo de formação e incorporação dos tratados de direitos humanos. Vamos responder abaixo as principais perguntas sobre essa temática.

Em primeiro lugar, o rito especial do art. 5º, § 3º, é obrigatório e *deve ser sempre seguido pelo Poder Executivo e Poder Legislativo*, cuja tradicional junção de vontades acarreta a incorporação de um tratado ao ordenamento brasileiro?

A resposta é negativa.

A redação do § 3º, inicialmente, abre a porta para a existência da possibilidade de os tratados serem aprovados pelo rito comum ou ordinário (maioria simples), pois o art. 5º, § 3º, usa a expressão “que forem”. Logo, não se pode exigir que *todo e qualquer tratado de direitos humanos* possua o quórum expressivo de 3/5 previsto no art. 5º, § 3º, pois assim dificultaríamos sua aprovação e teríamos uma situação pior que a anterior à EC n. 45.

O Congresso brasileiro adotou esse posicionamento ao aprovar vários tratados de direitos humanos após a EC n. 45/2004 pelo rito comum ou ordinário, ou seja, por maioria simples e

em votação em turno único.

Seguem abaixo alguns tratados de direitos humanos aprovados no Brasil pelo rito simples mesmo *após* a EC n. 45/2004:

1) Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002. *Decreto Legislativo n. 483, de 20-12-2006, e Decreto n. 6.085, de 19-4-2007.*

2) Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul, assinado em Assunção, em 20 de junho de 2005. *Decreto Legislativo n. 592, de 27-8-2009, e Decreto n. 7.225, de 1º-7-2010.*

3) Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. *Decreto Legislativo n. 485, de 20-12-2006, e Decreto n. 6.177, de 1º-8-2007.*

4) Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003. *Decreto Legislativo n. 22, de 1º-2-2006, e Decreto n. 5.753, de 12-4-2006.*

5) Segundo Protocolo relativo à Convenção da Haia de 1954 para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, celebrado na Haia, em 26 de março de 1999. *Decreto Legislativo n. 782, de 8-7-2005, e Decreto n. 5.760, de 24-4-2006.*

6) A Convenção da Haia sobre o Acesso Internacional à Justiça, *Decreto Legislativo n. 658/10, de 1º-9-2010,* e *ratificada em 20-11-2011*.

3.5.2. O rito especial pode ser requerido pelo Presidente ou pelo Congresso

Uma segunda dúvida diz também respeito ao rito especial: este deve ser pedido pelo Presidente ou o Congresso pode adotá-lo, independentemente da vontade presidencial? Entendo que o *rito especial pode ser pedido pelo Presidente da República*, em sua mensagem de encaminhamento do texto do tratado ao Congresso *ou ainda* pode ser o rito especial adotado pelo próprio Congresso *sponte sua*.

Nem se diga que a vontade presidencial de adoção do rito simples vincularia o Congresso. É que, nesse caso, o Presidente é apenas o *senhor da oportunidade* de envio da mensagem, mas a adoção do rito especial é tema que envolve matéria eminentemente congressual, de acordo com o art. 49, I. Logo, cabe ao Congresso decidir sobre o quórum de aprovação e os dois turnos de votação. O Congresso pode ser provocado, mas pode também adotar o rito *ex officio*, pois não podemos concluir que esse tema dependa da iniciativa privativa do Presidente, sem que a Constituição tenha expressamente assim disposto. A iniciativa do Presidente é *concorrente*, referente tão somente ao papel de provocar a manifestação do Congresso sobre o rito especial: este pode inclusive rejeitar o pedido inserido na mensagem presidencial e aprovar o tratado de acordo com o rito simples (por exemplo, caso seja politicamente impossível aprová-lo pelo quórum qualificado).

3.5.3. O decreto de promulgação continua a ser exigido no rito especial

A terceira dúvida diz respeito às alterações do rito geral de incorporação de um tratado

internacional de direitos humanos ao ordenamento interno, inspirado também na redação do art. 5º, § 3º?

As alterações são duas: 1) a alteração do quórum de aprovação do Projeto de Decreto Legislativo, que agora passa a necessitar de aprovação de 3/5 dos membros de cada Casa: 308 deputados na Câmara dos Deputados e 49 Senadores no Senado Federal devem votar a favor; 2) deve existir votação em dois turnos, em cada Casa, com interstício de 10 sessões ordinárias, tal como ocorre no rito da PEC – Proposta de Emenda Constitucional.

Será que o rito especial do art. 5º, § 3º, não levaria à dispensa da ratificação e do Decreto de Promulgação, usando como analogia o rito da emenda constitucional, que dispensa a chamada fase da deliberação executiva (sanção ou veto presidencial)?

A resposta é negativa. O uso analógico do rito da emenda constitucional não pode servir para transformar a aprovação do futuro tratado em uma PEC – Proposta de Emenda Constitucional.

O rito especial do art. 5º, § 3º, considera que o tratado de direitos humanos deve ser considerado *equivalente* à emenda constitucional: *sua natureza de tratado internacional não é afetada*. Assim, resta ainda ao Presidente da República ratificar o tratado de direitos humanos, pois esse ato internacional é que, em geral, leva à celebração definitiva dos tratados.

Como, até hoje, o STF ainda exige o Decreto de Promulgação, este deve ser editado para todo e qualquer tratado, inclusive os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º. Aliás, a praxe republicana brasileira de exigência do Decreto de Promulgação é *resistente*: o primeiro tratado internacional de direitos humanos a ser aprovado pelo rito do art. 5º, § 3º (a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência), *foi promulgado* pelo Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

QUADRO SINÓTICO

O impacto do art. 5º, § 3º, no processo de formação e incorporação dos tratados de direitos humanos
1) O rito especial do art. 5º, § 3º, é facultativo: não se pode exigir que todo e qualquer tratado de direitos humanos possua o quórum expressivo de 3/5 previsto no art. 5º, § 3º, pois assim dificultaríamos sua aprovação e teríamos uma situação pior que a anterior à EC 45.
2) O rito especial pode ser requerido pelo Presidente da República, em sua mensagem de encaminhamento do texto do tratado ao Congresso, ou pelo próprio Congresso. A vontade presidencial de adoção do rito simples não vincula o Congresso, já que a adoção do rito especial é tema que envolve matéria eminentemente congressual, cabendo ao Congresso decidir sobre o quórum de aprovação e os dois turnos de votação. De outro lado, o Congresso pode também rejeitar o pedido inserido na mensagem presidencial e aprovar o tratado de acordo com o rito simples.
3) Há duas alterações no rito geral de incorporação de um tratado internacional de direitos humanos ao ordenamento interno: a) alteração do quórum de aprovação do Projeto de Decreto Legislativo, que agora passa a necessitar de aprovação de 3/5 dos membros de cada Casa; b) deve existir votação em dois turnos, em cada Casa, com interstício de 10 sessões ordinárias, tal como ocorre no rito da PEC – Proposta de Emenda Constitucional. O Decreto de Promulgação, entretanto, continua a ser exigido no rito especial. O uso analógico do rito da emenda constitucional não pode servir para transformar a aprovação do futuro tratado em uma PEC. Observação: a existência do Decreto de Promulgação pode ser questionada em relação a todos os tratados (e não somente em relação aos tratados de direitos humanos), com base na ausência de dispositivo constitucional que faça menção ao decreto presidencial de incorporação dos tratados (posição minoritária).

4. A denúncia de tratado internacional de direitos humanos em face do direito brasileiro

A tese defendida por parte da doutrina sobre o estatuto *constitucional* de todos os tratados de direitos humanos, mesmo após a EC n. 45/2004 repercute na temática da denúncia dos tratados (ato unilateral pelo qual o Estado expressa sua vontade de não mais se obrigar perante o tratado).

Na linha defendida por Piovesan, há duas categorias de tratados de direitos humanos, ambas de estatura constitucional:

1) o tratado materialmente constitucional, que é aquele aprovado pelo rito comum dos tratados;

2) o tratado material e formalmente constitucional, que é aquele aprovado pelo rito especial do art. 5º, § 3º. Este último seria *insuscetível de denúncia* e ainda seria *parte integrante do núcleo pétreo* da Constituição.

Em que pese essa posição ser minoritária no STF (que adotou, desde 2008, a teoria do

"duplo estatuto" dos tratados de direitos humanos), *entendemos ser inegável o estatuto constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos*, em face do disposto especialmente no art. 1º, *caput,* e inciso III (estabelecimento do Estado Democrático de Direito e ainda consagração da dignidade humana como fundamento da República), bem como em face do art. 5º, § 2º.

Até o momento, não há posicionamento definitivo do STF sobre a denúncia de tratados de direitos humanos. Até que exista esse posicionamento, a *posição prevalecente* é que *bastaria a vontade unilateral do Poder Executivo ou ainda uma lei do Poder Legislativo*, ordenando ao Executivo que denunciasse o tratado no plano internacional. Tudo isso sem motivação, uma vez que ingressaria na área da política internacional.

Entendemos que essa posição prevalecente é *inaplicável* aos tratados de direitos humanos, uma vez que há a proibição do retrocesso, tal qual foi discutida neste livro.

QUADRO SINÓTICO

A denúncia de tratado internacional de direitos humanos em face do direito brasileiro
• Entende-se que, no caso dos tratados de direitos humanos, em face da matéria vinculada à dignidade humana, toda denúncia deveria ser apreciada pelo Congresso Nacional. • Além dessa aprovação congressual (com quórum qualificado, no caso dos tratados aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º), a denúncia ainda deve passar pelo crivo da proibição do retrocesso ou efeito cliquet, consequência do regime jurídico dos direitos fundamentais. • A justificativa constitucionalmente adequada para a denúncia seria a ocorrência de desvios na condução dos tratados, o que conspiraria contra a defesa dos direitos humanos. • O controle do respeito ao efeito cliquet deve ser feito pelo Poder Judiciário. • A posição prevalecente sobre a denúncia de tratados de direitos humanos, entretanto, é que basta a vontade unilateral do Poder Executivo ou ainda uma lei do Poder Legislativo, ordenando ao Executivo que denunciasse o tratado no plano internacional. • O tema da exigência da aprovação prévia do Congresso Nacional para a denúncia de um tratado ainda está em aberto no STF.

5. A aplicabilidade imediata das normas contidas em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil

O art. 5º, § 1º, da Constituição determina que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Essa "aplicação imediata" deve ser estendida aos *direitos previstos nos tratados de direitos humanos*, como fruto lógico da aplicação desse § 1º combinado com o § 2º do art. 5º, já exposto.

Esses direitos são *tendencialmente completos*[11], ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado.

Essa posição foi aceita pelo STF: em caso de aplicação de direitos ao extraditando, o STF decidiu que "direitos e garantias fundamentais devem ter *eficácia imediata* (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância. (...)" (Ext 986, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-8-2007, Plenário, *DJ* de 5-10-2007, grifo nosso).

QUADRO SINÓTICO

A aplicabilidade imediata das normas contidas em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil
• O art. 5º, § 1º, da Constituição determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, a qual deve ser estendida aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos (considerando-se o disposto no § 2º do art. 5º). • Esses direitos são tendencialmente completos, ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado. Essa posição foi aceita pelo STF.

6. O bloco de constitucionalidade

6.1. O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE AMPLO

O bloco de constitucionalidade consiste no reconhecimento da existência de *outros* diplomas normativos de hierarquia constitucional, *além* da própria Constituição.

No Direito Comparado, o marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade foi a decisão n. 71-44 DC, de 16-7-1971, do Conselho Constitucional francês, relativa à liberdade de associação, que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que, por sua vez, faz remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em 2005, houve alteração do preâmbulo da Constituição francesa e foi agregada remissão à Carta do Meio Ambiente (*Charte de l´environment*), todos agora fazendo parte do bloco de constitucionalidade.

No Supremo Tribunal Federal em 2002, o Min. Celso de Mello constatou a existência do debate sobre o bloco de constitucionalidade, que influencia a atuação do STF, uma vez que os dispositivos normativos pertencentes ao bloco poderiam ser utilizados como paradigma de confronto das leis e atos normativos infraconstitucionais no âmbito do controle de constitucionalidade[12].

No texto constitucional, o art. 5º, § 2º, permite, ao dispor sobre os "direitos decorrentes" do regime, princípios e tratados de direitos humanos, o reconhecimento de um bloco de constitucionalidade amplo, que alberga os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos. Contudo, até a edição da EC n. 45/2004, o estatuto desses tratados, na visão do STF, era equivalente à mera lei ordinária, como visto acima. Assim, no máximo, a doutrina e jurisprudência majoritárias reconheciam o valor constitucional apenas às normas expressas

ou implícitas previstas na Constituição, devendo até mesmo ser levados em consideração os valores mencionados no preâmbulo[13].

Com a introdução do art. 5º, § 3º, o STF modificou sua posição, mas ainda situou os tratados aprovados sem o rito especial do citado parágrafo no patamar da supralegalidade. Restam, então, os tratados aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, como parte integrante de um bloco de constitucionalidade restrito.

6.2. O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE RESTRITO

Em que pese nossa posição de ter a redação originária da Constituição de 1988 adotado o conceito de um bloco de constitucionalidade amplo, ao dotar os tratados de direitos humanos de estatuto equivalente à norma constitucional (de acordo com o art. 5º, § 2º), essa posição é minoritária até o momento.

Assim, resta a aceitação – plena, ao que tudo indica – de um bloco de constitucionalidade restrito, que *só* abarca os tratados aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004.

Logo, todos os demais artigos da Constituição que tratam do princípio da supremacia da norma constitucional, como, por exemplo, os referentes ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade (arts. 102 e 103) devem agora ser lidos como sendo componentes do mecanismo de preservação da supremacia do bloco de constitucionalidade como um todo e não somente da Constituição.

A filtragem constitucional do ordenamento, ou seja, a exigência de coerência de todo o ordenamento aos valores da Constituição passa a contar também com o *filtro internacionalista* oriundo dos valores existentes nesses tratados aprovados pelo rito especial. Consequentemente, as normas paramétricas de confronto no controle de constitucionalidade devem levar em consideração não só a Constituição, mas também os tratados celebrados pelo rito especial. Portanto, cabe acionar o controle abstrato e difuso de constitucionalidade, em todas as suas modalidades, para fazer valer as normas previstas nesses tratados.

Os primeiros tratados que foram aprovados de acordo com esse rito foram a *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Além de robusto rol de direitos previsto na Convenção, houve a submissão brasileira ao sistema de petição das vítimas de violação de direitos previstos ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de acordo com o Protocolo Facultativo.

O rito especial foi seguido em sua inteireza. O Presidente, na mensagem presidencial de encaminhamento do texto do futuro tratado, solicitou o rito especial. O Decreto Legislativo n. 186 foi aprovado, por maioria de 3/5 e em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional e publicado em 10 de junho de 2008. O Brasil depositou o instrumento de ratificação dos dois tratados (a Convenção e seu Protocolo Facultativo) junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008 e estes entraram em vigor para o Brasil, no plano internacional, em 31 de agosto de 2008. O Decreto Presidencial n. 6.949 promulgou o texto do tratado no âmbito interno, tendo sido editado em 25 de agosto de 2009, quase um ano após a validade internacional dos referidos tratados para o Brasil.

QUADRO SINÓTICO

O bloco de constitucionalidade	
O bloco de constitucionalidade amplo	• Bloco de constitucionalidade: consiste no reconhecimento da existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, além da própria Constituição. • Marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade: Decisão n. 71-44 DC, de 16-7-1971, do Conselho Constitucional francês, relativa à liberdade de associação. • Art. 5º, § 2º, da CF/88: permite, ao dispor sobre os “direitos decorrentes” do regime, princípios e tratados de direitos humanos, o reconhecimento de um bloco de constitucionalidade amplo, que alberga os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos. • Com o posicionamento do STF sobre a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos (patamar de supralegalidade), restam apenas os tratados aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, como parte integrante de um bloco de constitucionalidade restrito.
O bloco de constitucionalidade restrito	• Não obstante o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição permitir entender que se adotou o conceito de um bloco de constitucionalidade amplo, essa é uma posição minoritária. O bloco de constitucionalidade restrito só abarca os tratados aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, introduzido pelo Emenda Constitucional n. 45/2004. • Consequência do reconhecimento do bloco de constitucionalidade estrito: todos os dispositivos que dizem respeito ao princípio da supremacia da norma constitucional (como aqueles relativos ao controle de constitucionalidade) devem ser lidos como componentes do mecanismo de preservação da supremacia do bloco de constitucionalidade como um todo.

7. O controle de convencionalidade e suas espécies: o controle de matriz internacional e o controle de matriz nacional

O *controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos* (comissivos ou omissivos) *em face das normas internacionais* (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais).

Há duas subcategorias: (i) o controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e o (ii) controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado *provisório* ou *preliminar*.

O *controle de convencionalidade de matriz internacional* é, em geral, atribuído a órgãos internacionais compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, *fiscais e fiscalizados*, criando a indesejável figura do *judex in causa sua.* Na seara dos direitos humanos, exercitam o controle de convencionalidade internacional os tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Interamericana e Africana), os comitês onusianos, entre outros.

Há ainda o controle de convencionalidade de matriz nacional, que vem a ser o exame de compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas, realizado pelos *próprios juízes internos.* Esse controle nacional foi consagrado na França em 1975 (decisão sobre a lei de interrupção voluntária da gravidez), quando o Conselho Constitucional, tendo em vista o art. 55 da Constituição francesa sobre o estatuto supralegal dos tratados, decidiu que não lhe cabia a análise da compatibilidade de lei com tratado internacional. Essa missão deve ser efetuada pelos juízos ordinários, sob o controle da Corte de Cassação e do Conselho de Estado.

No Brasil, como vimos, o controle de convencionalidade nacional na seara dos direitos humanos consiste na análise da compatibilidade entre as leis (e atos normativos) e os tratados internacionais de direitos humanos, realizada pelos juízes e tribunais brasileiros, no julgamento de casos concretos, nos quais se devem deixar de aplicar os atos normativos que violem o referido tratado.

É óbvio que *nem sempre os resultados do controle de convencionalidade internacional coincidirão com os do controle nacional*. Por exemplo, um Tribunal interno pode afirmar que determinada norma legal brasileira é compatível com um tratado de direitos humanos; em seguida, um órgão internacional de direitos humanos, ao analisar a mesma situação, pode chegar à conclusão de que a referida lei *viola* o tratado.

O controle de convencionalidade internacional é fruto da ação do intérprete autêntico – os órgãos internacionais. Por isso, preferimos utilizar o termo “controle de convencionalidade” para nos referir ao controle de matriz internacional, fruto da ação dos intérpretes autênticos no plano internacional.

Há diferenças, portanto, entre o controle de convencionalidade internacional e o controle de convencionalidade nacional.

i) Quanto ao parâmetro de confronto e objeto do controle

O parâmetro de confronto no controle de convencionalidade internacional é a norma internacional, em geral um determinado tratado. Já o objeto desse controle é toda norma interna, não importando a sua hierarquia nacional. Como exemplo, o controle de convencionalidade internacional exercido pelos tribunais internacionais pode inclusive analisar a compatibilidade de uma norma oriunda do Poder Constituinte Originário com as normas previstas em um tratado internacional de direitos humanos. No caso do *controle de convencionalidade nacional*, os juízes e os tribunais internos não ousam submeter uma norma do Poder Constituinte Originário à análise da compatibilidade com um determinado tratado de direitos humanos. O Supremo Tribunal Federal, em precedente antigo, sustentou que “*O STF não tem jurisdição para fiscalizar a validade das normas aprovadas pelo poder constituinte originário”* (ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28-3-1996, Plenário, *DJ* de

10-5-1996). Assim, há limite de objeto do controle de convencionalidade nacional, o que o restringe.

ii) Quanto à hierarquia do tratado-parâmetro

No controle de convencionalidade nacional, a hierarquia do tratado-parâmetro depende do próprio Direito Nacional, que estabelece o estatuto dos tratados internacionais. No caso brasileiro, há tratados de direitos humanos de estatura *supralegal e constitucional*, na visão atual do Supremo Tribunal Federal, como vimos acima. Já no controle de convencionalidade internacional, o tratado de direitos humanos é sempre a norma paramétrica superior. Todo o ordenamento nacional lhe deve obediência, inclusive as normas constitucionais originárias.

iii) Quanto à interpretação

A interpretação do que é compatível ou incompatível com o tratado-parâmetro não é a mesma. Há tribunais internos que se socorrem de normas previstas em tratados sem sequer mencionar qual é a interpretação dada a tais dispositivos pelos órgãos internacionais, levando a conclusões divergentes. O controle de convencionalidade nacional pode levar a violação das normas contidas nos tratados tal qual interpretadas pelos órgãos internacionais. Isso desvaloriza a própria ideia de primazia dos tratados de direitos humanos, implícita na afirmação da existência de um controle de *convencionalidade.*

Em virtude de tais diferenças, na recente sentença contra o Brasil no Caso *Gomes Lund* (caso da "Guerrilha do Araguaia"), na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o juiz *ad hoc* indicado pelo próprio Brasil, Roberto Caldas, em seu voto concordante em separado, assinalou que "se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil"[14].

Ou seja, o verdadeiro controle de convencionalidade, *em última análise,* é internacional, por isso também denominado controle de convencionalidade autêntico ou definitivo.

É claro que o *controle nacional é importante*, ainda mais se a hierarquia interna dos tratados for equivalente à norma constitucional ou quiçá supraconstitucional. Porém, esse controle nacional deverá obedecer a interpretação ofertada pelo controle de convencionalidade internacional, para que possamos chegar à conclusão de que os tratados foram efetivamente cumpridos.

Defendemos, então, que os controles nacionais e o controle de convencionalidade internacional interajam, permitindo o diálogo entre o Direito Interno e o Direito Internacional, em especial quanto às interpretações fornecidas pelos órgãos internacionais cuja jurisdição o Brasil reconheceu. Esse diálogo será visto logo a seguir.

QUADRO SINÓTICO

O controle de convencionalidade e suas espécies: o controle internacional e o controle nacional	
Controle de convencionalidade internacional	• Conceito: consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais), realizada por órgãos internacionais. • É, em geral, atribuído a órgãos compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados. É, portanto, fruto da ação do intérprete autêntico – os órgãos internacionais.
Controle de convencionalidade nacional	• Conceito: consiste no exame de compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas, realizado pelos próprios Tribunais internos. • No Brasil, o controle de convencionalidade nacional na seara dos direitos humanos consiste na análise da compatibilidade entre as leis (e atos normativos) e os tratados internacionais de direitos humanos, realizada pelos juízes e tribunais brasileiros, no julgamento de casos concretos.

Diferenças entre controle de convencionalidade internacional e nacional	1) O parâmetro de confronto no controle de convencionalidade internacional é a norma internacional; seu objeto é toda norma interna, não importando a sua hierarquia nacional, podendo mesmo ser oriunda do Poder Constituinte Originário. No controle nacional, há limite ao objeto de controle, uma vez que não se analisam normas do Poder Constituinte Originário. 2) No controle de convencionalidade nacional, a hierarquia do tratado-parâmetro depende do próprio Direito Nacional, que estabelece o estatuto dos tratados internacionais. No controle de convencionalidade internacional, o tratado de direitos humanos é sempre a norma paramétrica superior. 3) A interpretação do que é compatível ou incompatível com o tratado-parâmetro não é a mesma e o controle nacional nem sempre resulta em preservação dos comandos das normas contidas nos tratados tal qual interpretados pelos órgãos internacionais.

8. “O Diálogo das Cortes” e seus parâmetros

Outro ponto importante da ratificação, pelo Brasil, dos tratados internacionais de direitos humanos é o reconhecimento da supervisão e controle internacionais sobre o cumprimento de tais normas.

Até o momento (2012), a situação brasileira é a seguinte:

1) em 1998, o Estado brasileiro reconheceu a jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão da *Convenção Americana de Direitos Humanos*;

2) em 2002, o Brasil aderiu ao *Protocolo Facultativo à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,* conferindo, então, poder ao seu Comitê para receber petições de vítimas de violações de direitos protegidos nesta Convenção[15];

3) em 2002, o Brasil também reconheceu a competência do Comitê para a Eliminação de Toda a Forma de Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de vítimas de violação de direitos protegidos pela *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, por ato internacional depositado junto ao Secretariado Geral da ONU[16];

4) em 2006, o Brasil reconheceu a competência do Comitê contra a Tortura para receber e analisar petições de vítimas contra o Brasil. Em 2007, o Brasil adotou o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que estabelece a competência, para fins preventivos, do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comitê contra a Tortura[17];

5) o Brasil reconheceu a competência do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência para receber petições de vítimas de violações desses direitos[18];

6) finalmente, em 2009, o Brasil deu um passo adiante, após o Congresso ter aprovado a adesão brasileira ao Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[19]; houve sua ratificação em 25 de setembro de 2009, permitindo a propositura de petições de vítimas de violações de direitos protegidos no citado Pacto ao Comitê de Direitos Humanos.

Assim, o Brasil deu um passo importante rumo à concretização do universalismo, aceitando a interpretação *internacional* dos direitos humanos[20]. Assim, temos a seguinte situação: no plano nacional, há juízes e tribunais que interpretam cotidianamente esses tratados de direitos humanos. No plano internacional, há órgãos internacionais que podem ser acionados, caso a *interpretação nacional* desses tratados seja *incompatível* com o entendimento internacional.

Por isso, foi mencionada acima a necessidade de compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional. Não seria razoável, por exemplo, que, ao julgar a aplicação de determinado artigo da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, o STF optasse por interpretação não acolhida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrindo a possibilidade de eventual sentença desta Corte *contra* o Brasil.

Esse “Diálogo das Cortes” deve ser realizado internamente, para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados. Para evitar que o “Diálogo das Cortes” seja mera peça de retórica judicial, há que se levar em consideração os seguintes parâmetros na análise de uma decisão judicial nacional, para que se determine a existência de um “Diálogo” efetivo:

1) a menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou

extraconvencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema;

2) a menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal;

3) a menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil;

4) o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional.

Claro que não é possível obrigar os juízes nacionais ao “Diálogo das Cortes”, pois isso desnaturaria a independência funcional e o Estado Democrático de Direito. Assim, no caso de o diálogo inexistir ou ser insuficiente, deve ser aplicada a *teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos*, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (órgãos de direitos humanos do plano internacional).

Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil, como veremos a seguir.

QUADRO SINÓTICO

“O Diálogo das Cortes” e seus parâmetros
• Reconhecimento da supervisão e controle internacionais sobre o cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil: 1) **1998**: reconhecimento da jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 2) **2002**: adesão ao Protocolo Facultativo à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conferindo poder ao seu Comitê para receber petições de vítimas de violações de direitos protegidos nesta Convenção; 3) **2002**: reconhecimento da competência do Comitê para a Eliminação de Toda a Forma de Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de vítimas de violação de direitos protegidos pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; 4) **2006**: reconhecimento da competência do Comitê contra a Tortura. 2007: adoção do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que estabelece a competência, para fins preventivos, do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comitê contra a Tortura; 5) **2009**: reconhecimento da competência do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência para receber petições de vítimas de violações desses direitos; 6) **2009**: aprovação pelo Congresso e ratificação do Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, permitindo a propositura de petições de vítimas de violações de direitos protegidos no citado Pacto ao Comitê de Direitos Humanos. • Necessidade de compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional. Ideia de um “Diálogo das Cortes”, já que tanto o STF quanto os órgãos internacionais de direitos humanos cumprem a mesma missão de assegurar o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais. • Teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos: reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade nacional (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (órgãos de direitos humanos do plano internacional).

9. A crise dos “tratados internacionais nacionais” e a superação do conflito entre decisões sobre direitos humanos: a teoria do duplo controle

Caso paradigmático do “beco sem saída” *da* interpretação nacionalista dos tratados ocorreu no chamado “Caso da Guerrilha do Araguaia”. Pela primeira vez, um tema (superação – ou não – da anistia a agentes da ditadura militar brasileira) foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal *e* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No âmbito do STF, foi proposta, em outubro de 2008, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153), pedindo que fosse interpretado o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 6.683, de 1979 (Lei da Anistia),

conforme a Constituição de 1988, de modo a declarar que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos *não* se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão (civis ou militares) contra opositores políticos, durante o regime militar.

Por sua vez, em 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) processou o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH, sediada em San José, guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos), no chamado *Caso Gomes Lund e outros contra o Brasil,* invocando, ao seu favor (entre outros argumentos), a copiosa jurisprudência da Corte IDH *contrária* às leis de anistia e favorável ao dever de investigação, persecução e punição penal dos violadores bárbaros de direitos humanos.

A ADPF 153 foi julgada em 28 de abril de 2010, tendo o STF decidido que a Lei da Anistia *alcança os agentes da ditadura militar*, tornando *impossível* a persecução criminal pelas graves violações de direitos humanos ocorridas na época dos "anos de chumbo". Chama a atenção que, novamente, ignorou-se a *interpretação internacional* da Convenção Americana de Direitos Humanos, de responsabilidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Contudo, em 24 de novembro de 2010, meses após a decisão do STF, a Corte IDH *condenou* o Brasil no Caso *Gomes Lund*, exigindo que fosse feita completa investigação, persecução e punição criminal aos agentes da repressão política durante a ditadura militar, mandando o Brasil desconsiderar, então, a anistia para tais indivíduos.

Como cumprir a decisão da Corte IDH? Inicialmente, parto da seguinte premissa: não há conflito insolúvel entre as decisões do STF e da Corte IDH, uma vez que ambos os tribunais têm a grave incumbência de proteger os direitos humanos. Adoto assim a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional).

Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma *dupla* garantia: o *controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade internacional*. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil. Esse *duplo controle* parte da constatação de uma verdadeira separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos.

De um lado, o STF, que é o guardião da Constituição e exerce o controle de *constitucionalidade*. Por exemplo, na ADPF 153 (controle abstrato de constitucionalidade), a maioria dos votos decidiu que o *formato amplo de anistia* foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Por outro lado, a Corte de San José é guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos tratados de direitos humanos que possam ser conexos. Exerce, então, o controle de *convencionalidade*. Para a Corte IDH, a Lei da Anistia *não é passível* de ser invocada pelos agentes da ditadura.

Com base nessa separação, é possível dirimir o conflito aparente entre uma decisão do STF e da Corte de San José. Assim, ao mesmo tempo em que se respeita o crivo de *constitucionalidade* do STF, deve ser *incorporado* o crivo de *convencionalidade* da Corte

Interamericana de Direitos Humanos. Todo ato interno (não importa a natureza ou origem) deve obediência aos dois crivos. Caso não supere um deles (por violar direitos humanos), deve o Estado envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados. No caso da ADPF 153, houve o controle de constitucionalidade. No caso *Gomes Lund*, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destroçada no controle de convencionalidade. Cabe, agora, aos órgãos internos (Ministério Público, Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) cumprirem a sentença internacional.

A partir da *teoria do duplo controle*, agora deveremos exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana, cujo conteúdo deve ser estudado já nas Faculdades de Direito.

Só assim será possível evitar o antagonismo entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos internacionais de direitos humanos, evitando a ruptura e estimulando a convergência em prol dos direitos humanos.

QUADRO SINÓTICO

A crise dos "tratados internacionais nacionais" e a superação do conflito entre decisões sobre direitos humanos: a teoria do duplo controle
• Há um dever primário de cada Estado de proteger os direitos humanos. Consequentemente, tem-se que a jurisdição internacional é subsidiária, agindo na falha do Estado. • A principal característica da interpretação internacional dos direitos humanos é ser contramajoritária, porque as violações que chegam ao crivo internacional não foram reparadas mesmo após o esgotamento dos recursos internos. • Interpretação contramajoritária: concretiza o ideal universalista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, saindo do abstrato das Declarações de Direitos e tratados internacionais e chegando ao concreto da interpretação e aplicação dessas normas no cotidiano dos povos. • Não é suficiente ratificar e incorporar tratados de direitos humanos ou ainda defender seu estatuto normativo especial (supralegal ou mesmo constitucional), sem que se aceite a consequência da internacionalização dos direitos humanos: o acatamento da interpretação internacional sobre esses direitos. • Teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos: reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional). A partir dessa teoria, deve-se exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana. Com isso, evita-se o antagonismo entre o STF e os órgãos internacionais de direitos humanos, evitando a ruptura e estimulando a convergência em prol dos direitos humanos.

10. A competência da Justiça Federal nas hipóteses de grave

violação de direitos humanos

10.1. O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA: ORIGENS E TRÂMITE

A Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu um novo § 5º no art. 109, estabelecendo que, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. Simultaneamente, foi introduzido o novo inciso V-A no art. 109, que determina que compete aos juízes federais julgar "as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo".

Ficou, assim, constituído o "incidente de deslocamento de competência" (IDC), com seis elementos principais, a saber:

1) Legitimidade exclusiva de propositura do Procurador-Geral da República.

2) Competência privativa do Superior Tribunal de Justiça, para conhecer e decidir, com recurso ao STF (recurso extraordinário).

3) Abrangência cível ou criminal dos feitos deslocados, bem como de qualquer espécie de direitos humanos (abarcando todas as gerações de direitos) desde que se refiram a casos de "graves violações" de tais direitos.

4) Permite o deslocamento na fase pré-processual (ex., inquérito policial ou inquérito civil público) ou já na fase processual.

5) Relaciona-se ao cumprimento de obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil.

6) Fixa a competência da Justiça Federal e do Ministério Público Federal para atuar no feito deslocado.

10.2. A MOTIVAÇÃO PARA A CRIAÇÃO DO IDC E REQUISITOS PARA SEU DEFERIMENTO

A motivação para a criação do IDC foi o Direito Internacional, que não admite que o Estado justifique o descumprimento de determinada obrigação em nome do respeito a "competências internas de entes federados". O Estado Federal é uno para o Direito Internacional e passível de responsabilização, mesmo quando o fato internacionalmente ilícito seja da atribuição interna de um Estado-membro da Federação[21]. Esse entendimento é parte integrante do Direito dos Tratados[22] e do Direito Internacional costumeiro.

Com isso, o IDC decorre da internacionalização dos direitos humanos e, em especial, do dever internacional assumido pelo Estado brasileiro de estabelecer recursos internos eficazes e de duração razoável.

Ficou consagrado, então, um instrumento que, ao lado da (i) intervenção federal por violação dos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, *b*, da CF/88) e da (ii) autorização prevista na Lei n. 10.446/2002 para atuação da Polícia Federal em investigações de crime de

competência estadual, possibilita à União cumprir obrigações internacionais de defesa de direitos humanos.

Com isso, na medida em que haja inércia ou dificuldades materiais aos agentes locais, pode o Chefe do Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, requerer ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) o deslocamento do feito, em qualquer fase e de qualquer espécie (cível ou criminal) para a Justiça Federal. De acordo com a Resolução n. 06/2005 do Superior Tribunal de Justiça, a competência para o julgamento do incidente será da Terceira Seção, composta pelos Ministros da 5ª e 6ª Turmas do STJ.

O deslocamento da competência deverá ser deferido quando ocorrer:

i) grave violação aos direitos humanos; *e*

ii) estiver evidenciada uma conduta das autoridades estaduais reveladora de *falha proposital ou por negligência, imperícia, imprudência* na condução de seus atos, que vulnerem o direito a ser protegido, ou ainda que revele *demora injustificada* na investigação ou prestação jurisdicional, gerando o risco de responsabilização internacional do Brasil, por descumprimento de nossas obrigações internacionais de direitos humanos.

Não basta que ocorra uma "grave violação de direitos humanos": é necessário que a conduta da autoridade estadual revele comportamento reprovável que amesquinha as obrigações internacionais de direitos humanos assumidas pelo Brasil.

10.3. A PRÁTICA DO DESLOCAMENTO

Deslocado o feito, a Justiça Federal será definida de acordo com as demais peculiaridades do caso, observando-se todas as demais regras constitucionais e legais de competência (salvo a que foi superada pela concessão do deslocamento). Assim, em caso de crime doloso contra a vida, a competência do Tribunal do Júri Estadual será deslocada para o Tribunal do Júri Federal. Se for caso de foro por prerrogativa de função, será observado tal foro agora na esfera federal: por exemplo, no caso de federalização de causa originária perante o Tribunal de Justiça, o competente será o Tribunal Regional Federal da região que abranger o Estado respectivo.

Apesar de ter sido julgado improcedente, o primeiro Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) requerido pela Procuradoria-Geral da República, o IDC 01 referente ao homicídio de *Dorothy Stang*, é fonte preciosa para análise do novel instituto. Em primeiro lugar, o STJ conheceu o pedido e assim confirmou sua constitucionalidade. Citando expressamente a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, decidiu o STJ que "todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida, previsto no art. 4º, n. 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário" (Incidente de Deslocamento de Competência n. 1/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves, Brasília, 8-6-2005, publicado em 10-10-2005).

Ainda neste mesmo caso decidiu-se que o deslocamento de competência exige "demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade

política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal".

Em 2010, o STJ *concedeu* a primeira federalização de grave violação de direitos humanos relacionada ao homicídio do defensor de direitos humanos Manoel Mattos, assassinado em janeiro de 2009, após ter incessantemente noticiado a atuação de grupos de extermínio na fronteira de Pernambuco e Paraíba. A Procuradoria Geral da República requereu ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) a federalização do caso (IDC), tendo o STJ, por maioria (Rel. Min. Laurita Vaz), acatado o pleito[23].

10.4. AS CRÍTICAS AO IDC

Porém, em que pese o posicionamento do STJ favorável ao uso do IDC (nas balizas vistas acima), houve a propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o STF, a ADI 3.493 e a ADI 3.486 (ambas relatadas outrora pelo Min. Menezes Direito e agora pelo Min. Dias Toffoli), promovidas por entidades de classe de magistrados, ainda em curso na data da revisão final desta obra. Na visão de seus críticos, a federalização das graves violações de direitos humanos gera amesquinhamento do pacto federativo, em detrimento ao Poder Judiciário Estadual e ainda violação do princípio do juiz natural e do devido processo legal.

Contudo, o federalismo brasileiro não é imutável: ofende as cláusulas pétreas de nossa Constituição a emenda que *tenda a abolir* o pacto federativo, mas não emenda que apenas torne *coerente* o seu desenho. Seria incoerente permitir a continuidade da situação anterior: a Constituição de 1988 reconhecia a existência de órgãos judiciais internacionais de direitos humanos (*vide* o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), mas tornava missão quase impossível a defesa brasileira e a implementação das decisões destes processos internacionais. Houve caso em que o Brasil nem defesa apresentou perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pela dificuldade da União Federal em obter informações dos entes federados[24].

No que tange à prevenção, o desenho anterior impedia uma ação preventiva que evitasse a responsabilização internacional futura do Brasil, uma vez que os atos danosos eram dos entes federados. Assim, a EC n. 45/2004 apenas aperfeiçoou o desenho do federalismo brasileiro, adaptando-o às exigências da proteção internacional de direitos humanos (proteção essa desejada pela CF/88).

Além disso, defendemos a inexistência de ofensas ao devido processo legal e juiz natural pelo "deslocamento", uma vez que o próprio texto constitucional original convive com tal instituto. De fato, há a previsão de "deslocamento de competência" na ocorrência de *vício de parcialidade* da magistratura: é o caso do art. 102, I, *n*, da CF/88, que permite deslocar ao STF processo no qual juízes de determinado tribunal local sejam alegadamente suspeitos. No mesmo diapasão, no caso de descumprimento de obrigações internacionais de direitos humanos pelos juízos estaduais, pode o STJ julgar procedente o IDC para deslocar o feito para a Justiça Federal. Para Ubiratan Cazetta, em excepcional dissertação sobre o IDC, o referido instituto apenas "distribui, por critérios assumidos pelo Texto Constitucional, interpretados pelo STJ, a competência entre as justiças comum estadual e federal"[25].

Também não merece acolhida a crítica de indefinição da expressão “grave violação de direitos humanos”. O uso do conceito indeterminado “grave violação de direitos humanos” está sujeito ao crivo do STJ e, posteriormente, ao do STF na via do recurso extraordinário.

Além do crivo judicial, há caso semelhante introduzido pelo Poder Constituinte originário que é a autorização de intervenção federal por violação dos “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, *b*, da CF): não se listou quais seriam esses “direitos da pessoa humana” e nem por isso se alegou que houve ameaça ao federalismo.

Com isso, neste momento de valorização do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo STF, devemos valorizar a inovação trazida pelo Poder Constituinte Derivado, que reconheceu a fragilidade normativa anteriormente existente, na qual atos de entes federados eram apreciados pelas instâncias internacionais de direitos humanos sem que a União, em seu papel de representante do Estado Federal, pudesse ter instrumentos para implementar as decisões internacionais ou mesmo para prevenir que o Brasil fosse condenado internacionalmente.

O novo § 5º do art. 109, então, está em plena sintonia com os comandos de proteção de direitos humanos da Constituição de 1988 e ainda com a visão dada ao instituto da responsabilidade internacional dos Estados Federais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Pelo que foi acima exposto, a reforma constitucional não ofendeu o federalismo: antes permite o equilíbrio, por meio de um instrumento processual cuja deliberação está nas mãos de tribunal de superposição, o STJ, e ainda assegura que o Estado Federal possua mecanismos para o correto cumprimento das obrigações internacionais contraídas.

QUADRO SINÓTICO

A competência da Justiça Federal nas hipóteses de grave violação de direitos humanos	
Emenda Constitucional n. 45/2004	• Art. 109, § 5º: estabelece que, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o STJ, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. • Art. 109, V-A: determina que compete aos juízes federais julgar "as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo".
Elementos principais do IDC	1) Legitimidade exclusiva de propositura do Procurador-Geral da República. 2) Competência privativa do STJ, para conhecer e decidir, com recurso ao STF (recurso extraordinário). 3) Abrangência cível ou criminal dos feitos deslocados, bem como de qualquer espécie de direitos humanos, desde que se refiram a casos de "graves violações" de tais direitos. 4) Permite o deslocamento na fase pré-processual ou já na fase processual. 5) Relaciona-se ao cumprimento de obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil. 6) Fixa a competência da Justiça Federal e do Ministério Público Federal para atuar no feito deslocado.

IDC como decorrência do dever internacional do Estado de estabelecer recursos internos eficazes e de duração razoável para os direitos humanos	• A jurisprudência constante dos tribunais internacionais não admite que o Estado justifique o descumprimento de determinada obrigação em nome do respeito a "competências internas de entes federados". • O Estado Federal é uno para o Direito Internacional e passível de responsabilização, mesmo quando o fato internacionalmente ilícito seja da atribuição interna de um Estado-membro da Federação. • IDC decorre da internacionalização dos direitos humanos e, em especial, do dever internacional assumido pelo Estado de estabelecer recursos internos eficazes e de duração razoável. • É competência da União Federal (e não aos entes federados) apresentar a defesa do Estado brasileiro e tomar as providências para a implementação da deliberação internacional, inclusive quanto às garantias de não repetição da conduta. • Instrumentos brasileiros que possibilitam à União Federal fazer cumprir as obrigações internacionais de defesa de direitos humanos: a) intervenção federal por violação dos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, *b*, da CF/88); b) autorização prevista na Lei n. 10.446/2002 para atuação da Polícia Federal em investigações de crime de competência estadual; c) incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

O que se debate no IDC	• O direito violado no caso concreto. • A violação da obrigação internacional assumida pelo Estado brasileiro de prestar adequadamente justiça em prazo razoável. Assim, além da grave violação a direitos humanos, deve estar evidenciada uma conduta das autoridades estaduais reveladora de falha proposital ou por negligência, imperícia, imprudência na condução de seus atos, que vulnerem o direito a ser protegido, ou ainda que revele demora injustificada na investigação ou prestação jurisdicional, gerando o risco de responsabilização internacional do Brasil, por descumprimento de nossas obrigações internacionais de direitos humanos.
IDC n. 1 (Caso Dorothy Stang)	• Foi julgado improcedente. Mas o STJ conheceu o pedido e, assim, confirmou a constitucionalidade do IDC. • Decidiu-se que o deslocamento de competência exige “demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal”.
IDC n. 2 (Caso Manoel Mattos)	• Em 2010, o STJ concedeu, por maioria, a primeira federalização de grave violação de direitos humanos. • IDC relativo ao homicídio do defensor de direitos humanos Manoel Mattos, assassinado em janeiro de 2009, após ter incessantemente noticiado a atuação de grupos de extermínio na fronteira de Pernambuco e Paraíba.

Divergências quanto à constitucionalidade da federalização	• Argumentos pela inconstitucionalidade da federalização das graves violações de direitos humanos ou contrários a ela: a) gera amesquinhamento do pacto federativo, em detrimento ao Poder Judiciário Estadual; b) viola o princípio do juiz natural; c) viola o devido processo legal; d) indefinição da expressão "grave violação de direitos humanos". • Argumentos pela constitucionalidade da federalização das graves violações de direitos humanos: a) a emenda não foi tendente a abolir o federalismo brasileiro, mas tornou coerente o seu desenho, adaptando-o às exigências da proteção internacional de direitos humanos; b) desenho anterior impedia uma ação preventiva que evitasse a responsabilização internacional futura do Brasil; c) não há ofensas ao juiz natural e ao devido processo legal pelo "deslocamento", uma vez que o próprio texto constitucional realiza a distribuição de competência entre a justiça comum estadual e federal; d) o uso do conceito indeterminado "grave violação de direitos humanos" está sujeito ao crivo do STJ e do STF, além de haver também conceito aberto no texto constitucional com relação à autorização de intervenção federal por violação dos "direitos da pessoa humana".

11. A busca da implementação dos direitos humanos no Brasil

11.1. O IDH BRASILEIRO E A CRIAÇÃO DE UMA POLÍTICA DE DIREITOS HUMANOS

Salta aos olhos que os direitos humanos não se concretizaram para todos os brasileiros no século XXI, muitos sem direitos básicos, como acesso à educação fundamental, saúde de qualidade, moradia, segurança, entre outros. Há um claro descompasso entre a posição econômica do Brasil (uma das maiores potências industriais e agrícolas do mundo) e a qualidade de vida de sua população. Digno de nota é a classificação pífia do Brasil em um dos indicadores mais respeitados sobre a existência de uma vida digna, que é o *Índice de Desenvolvimento Humano* (IDH).

O IDH foi desenvolvido a partir das ideias de Amartya Sen e Mahbub ul Haq (o primeiro foi Prêmio Nobel de Economia de 1998), consistindo em uma medida comparativa usada para classificar os Estados de acordo com seu grau de "desenvolvimento humano" pautado em um agregado de dados. Evita-se, assim, usar exclusivamente o "PIB *per capita*" para se analisar a riqueza de um país (pois este pode mascarar grande desigualdade de renda), agregando dados referentes à longevidade (expectativa de vida ao nascer), escolaridade e renda (utiliza-se a paridade de poder de compra, para comparar a renda *per capita* entre diferentes moedas).

Apesar das críticas sobre a ausência de outros indicadores de desenvolvimento sustentável de um país, o IDH é utilizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), tendo o Brasil obtido a 84ª posição entre os 187 Estados avaliados em 2011, o que contrasta com o quilate econômico geral do País (uma das 10 maiores economias do mundo).

É necessária a implementação de uma política pública de direitos humanos, para ao menos equiparar o desenvolvimento econômico do Brasil com qualidade de vida para todos os seus habitantes.

A elaboração de *programas nacionais de direitos humanos* é o primeiro passo para a concretização de uma política pública de promoção desses direitos. A orientação de elaborar programas de direitos humanos consta da Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993, que recomendou a cada Estado que fizesse um plano de ação nacional de promoção e proteção dos direitos humanos (item 71).

Rompia-se, então, o paradigma antigo de que as normas de direitos humanos eram normas programáticas, sujeitas à reserva do possível e ao desenvolvimento progressivo ou ainda o paradigma de tratar os direitos humanos como consequência dos projetos governamentais gerais.

Ao contrário, buscou-se criar um espaço de discussão e elaboração de uma política pública específica voltada aos direitos humanos, condensando aquilo que o Estado e a sociedade civil propunham-se a realizar nessa temática.

Veremos abaixo os principais programas de direitos humanos que foram elaborados no Brasil desde então.

11.2. OS PROGRAMAS NACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS 1, 2 E 3

A origem dos programas nacionais de direitos humanos está na Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena de 1993, organizada pela Organização das Nações Unidas, que instou os Estados a concatenar os esforços rumo à implementação de todas as espécies de direitos humanos. Na Conferência de Viena, o Brasil presidiu o Comitê de Redação (nas mãos do Embaixador Gilberto Sabóia), atuando decisivamente para a aprovação final da Declaração e do Programa da Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena, inclusive quanto ao dever dos Estados de adotar planos nacionais de direitos humanos.

No Brasil, a competência administrativa de realizar políticas públicas de implementação dos direitos humanos é *comum* a todos os entes federados. O art. 23 da CF/88, que trata da competência administrativa comum é prova disso, com vários incisos referentes a temas de direitos humanos, em especial o inciso X: "combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos". Consequentemente, é possível termos *programas de direitos humanos* no plano federal, estadual e municipal.

Em 13 de maio de 1996, foi editado pela Presidência da República o Decreto n. 1.904, que criou o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), o terceiro do mundo, depois dos programas da Austrália e das Filipinas. Referido Decreto dispunha, em seu art. 1º, sua meta de realizar um diagnóstico da situação desses direitos no País e medidas para a sua defesa e promoção. A missão do PNDH é *dar visibilidade* aos problemas referentes aos

direitos humanos no Brasil e, simultaneamente, *estipular e coordenar os esforços* para a superação das dificuldades e implementação dos direitos.

Assim, há uma dupla lógica: a *lógica da identificação* dos principais obstáculos à promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil, bem como a *lógica da execução*, a curto, médio e longo prazos, de medidas de promoção e defesa desses direitos.

A elaboração do Programa Nacional de Direitos Humanos conta com a articulação do governo e sociedade civil, para se chegar a uma redação comum, devendo ser explicitados objetivos definidos e precisos e contar ainda com um monitoramento de sua implementação.

O PNDH não possui força vinculante em si, pois é mero decreto presidencial editado à luz do art. 84, IV, da Constituição, visando a fiel execução das leis e normas constitucionais. Porém, serve como orientação para as ações governamentais, podendo ser cobrado de determinado agente do governo federal os motivos pelos quais sua conduta (ação ou omissão) é incompatível com o Decreto que instituiu o PNDH. Quanto às ações que incumbem aos Poderes Legislativo, Judiciário e ao Ministério Público, o PNDH é, novamente, apenas um referencial.

Por ser pioneiro, o PNDH de 1996 é também denominado PNDH-1, sendo voltado à garantia de *proteção dos direitos civis*, com especial foco no combate à impunidade e à violência policial, adotando, ainda, como meta a adesão brasileira a tratados de direitos humanos. Além disso, o PNDH-1 inaugurou um processo, depois repetido, de consulta e debate prévio com a sociedade civil. Foram realizados entre novembro de 1995 e março de 1996 seis seminários regionais em São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Belém, Porto Alegre e Natal. A construção do projeto do plano foi organizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV), da Universidade de São Paulo (USP), coordenado por Paulo Sérgio Pinheiro naquele momento. O projeto do Programa foi apresentado e debatido na I Conferência Nacional de Direitos Humanos, em abril de 1996, promovida pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, com o apoio de diversas organizações da sociedade civil.

Em 2002, foi aprovado, pelo Decreto n. 4.229, de 13 de maio de 2002, o II Programa Nacional de Direitos Humanos, na mesma linha do PNDH-1, mas agora com ênfase nos direitos sociais em sentido amplo. Nos "considerandos" do novo programa, foram identificados avanços obtidos nos seis anos de vida do PNDH-1, entre eles a adoção de leis sobre: 1) reconhecimento das mortes de pessoas desaparecidas em razão de participação política (Lei n. 9.140/95), pela qual o Estado brasileiro reconheceu a responsabilidade por essas mortes e concedeu indenização aos familiares das vítimas; 2) a transferência da justiça militar para a justiça comum dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares (Lei n. 9.299/96); 3) a tipificação do crime de tortura (Lei n. 9.455/97); 4) e a proposta de emenda constitucional sobre a reforma do Poder Judiciário, na qual se incluiu a chamada "federalização" dos crimes de direitos humanos.

O PNDH-2, conforme consta de sua introdução, foi fruto de seminários regionais, com ampla participação de órgãos governamentais e de entidades da sociedade civil, sendo as propostas consolidadas novamente (tal qual o PNDH-1) pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo – NEV/USP. A Secretaria dos Direitos Humanos do governo federal realizou ainda, no período de 19 de dezembro de 2001 a 15 de março de 2002,

consulta pública por meio da internet, dela resultando o texto do PNDH-2 com 518 tipos de ações governamentais. Além da menção ao direito à vida, liberdade e outros direitos civis, o PNDH-2 lançou ações específicas referentes a direitos sociais, como o direito à educação, à saúde, à previdência e assistência social, ao trabalho, à moradia, a um meio ambiente saudável, à alimentação, à cultura e ao lazer, assim como propostas voltadas para a educação e sensibilização de toda a sociedade brasileira para a cristalização de uma *cultura de respeito aos direitos humanos*.

Com isso, houve uma mudança no foco da proteção de direitos humanos. O PNDH-1 concentrou-se nos direitos civis, considerando-os importantes para a consolidação do regime democrático no Brasil. Já o PNDH-2, 13 anos depois da primeira eleição direta do primeiro presidente após a ditadura militar (1989), preferiu focar temas sociais e de grupos vulneráveis, como os direitos dos afrodescendentes, dos povos indígenas, de orientação sexual, consagrando o multiculturalismo. Outra característica importante do PNDH-2 é que sua aprovação se deu no último ano do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1994-2002). Sua implementação, então, incumbia ao seu opositor, Presidente Luis Inácio Lula da Silva (2003-2010).

Finalmente, em 2009, foi aprovado o PNDH-3, já quase no final do segundo mandato do governo do Presidente Lula. O PNDH-3, como os anteriores, resultou de processo de consulta e discussão, que foi finalizado na 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos de dezembro de 2008. A Conferência, organizada desde 1996 pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (esta, criada em 1995 – *vide* abaixo), contou com delegados escolhidos pela sociedade civil, que ainda realizaram conferências preparatórias estaduais prévias. A Conferência teve como lema "Democracia, Desenvolvimento e Direitos Humanos: Superando as Desigualdades", discutindo múltiplas facetas dos direitos humanos: desde o combate a desigualdades, violência, bem como a melhoria da segurança pública e acesso à Justiça até direito à memória e à verdade. A Conferência foi o resultado de um processo composto por encontros prévios (âmbito estadual e local), contando com diversos segmentos da sociedade civil e representantes de órgãos públicos. De acordo com a Secretaria de Direitos Humanos (órgãos do governo federal – ver abaixo) o relatório final da 11ª CNDH abarca as deliberações aprovadas na Conferência, resultado de votações dos delegados presentes, representando segmentos da sociedade civil (60%) e poder publico (40%), tudo para dar maior legitimidade ao documento final.

O documento final da Conferência *não* foi totalmente seguido pelo governo federal, mas seguiu de base aos trabalhos, sob a coordenação da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH, hoje denominada Secretaria de Direitos Humanos), que levaram à elaboração do PNDH-3. Este foi adotado pelo Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que oficializou o Programa, dividido em seis eixos orientadores, 25 diretrizes, 82 objetivos estratégicos e 521 linhas de ações.

Há várias diferenças entre o PNDH-3 e os seus dois antecessores, que, por terem sido ambos organizados pelo NEV/USP, possuíam certa continuidade. Em primeiro lugar, o PNDH-3 adotou "eixos orientadores" e diretrizes, detalhando as diversas dimensões dos direitos humanos com a linguagem adotada pelo movimento de direitos humanos no Brasil (ver abaixo

o quadro com os "eixos" e das "diretrizes"). Em comparação, o PNDH-1 limitava-se a enumerar as ações pretendidas, com denominações próximas às existentes nas Declarações de Direitos e tratados internacionais (por exemplo: o PNDH-1 trazia a menção às "políticas públicas para proteção e promoção dos direitos humanos", englobando "Proteção do Direito à Vida" e "Proteção do Direito à Liberdade").

Esse detalhamento do PNDH-3 e a absorção de uma linguagem de direitos humanos próxima das demandas da sociedade civil fizeram com que seus *enunciados fossem percebidos como sendo de iminente implementação*, o que a linguagem abstrata dos anteriores não havia realçado. Essa sensação gerou ampla repercussão negativa na mídia e em grupos organizados contrários a determinadas ideias defendidas no PNDH-3, em especial no que tange a descriminalização do aborto, laicizição do Estado, responsabilidade social dos meios de comunicação, conflitos sociais no campo e repressão política da ditadura militar.

Em relação aos temas envolvendo o aborto e a proibição de símbolos religiosos em recintos de órgãos públicos, houve reação de segmentos religiosos, que protestaram vivamente. No caso da responsabilização dos meios de comunicação que são concessionários públicos (concessão de rádio ou televisão), houve reação a possíveis penas de perda da concessão em casos de programação discriminatória e atentatória aos direitos humanos, bem como protestos contra a criação de um *ranking* de emissoras comprometidas (ou não) com os direitos humanos. No caso dos conflitos sociais e reforma agrária, segmentos organizados do agronegócio reagiram contra a criação de exigência de mediação com os ocupantes *antes* de concessão de ordem judicial de reintegração de posse de áreas invadidas. Finalmente, houve reação a menção à repressão política do período da ditadura militar recente no Brasil (1964-1985).

A resposta do governo foi editar o Decreto n. 7.177/2010, que providenciou alterações em sete ações e determinou a eliminação de duas no PNDH-3, o que realçou que esse Programa tem natureza governamental, na qual a sociedade civil colabora mas não decide. Os temas relativos à abolição dos símbolos religiosos nos órgãos públicos e sobre o *ranking* de empresas de comunicação na área de direitos humanos foram simplesmente suprimidos. A defesa da descriminalização do aborto (redação original: "g) Apoiar a aprovação do projeto de lei que descriminaliza o aborto, considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos") foi neutralizada e transformada em "considerar o aborto como tema de saúde pública, com a garantia do acesso aos serviços de saúde". No caso dos conflitos agrários, houve a supressão de ser a mediação "medida preliminar à avaliação da concessão de medidas liminares". No caso dos militares, foram eliminadas as passagens que faziam menção à "ditadura militar". Por exemplo, a ação relacionada à Diretriz 24, que dizia "c) Identificar e sinalizar locais públicos que serviram à *repressão ditatorial*, bem como locais onde foram ocultados corpos e restos mortais de perseguidos políticos", foi transformada em "c) Identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos (...)".

Esse recuo do governo federal demonstra que o tema de direitos humanos é extremamente polêmico em uma sociedade desigual como a brasileira, demonstrando que resta ainda um longo caminho para o estabelecimento uma sociedade justa e plural, como prega o art. 3º da

CF/88.

Quanto à implementação do PNDH-3, cada *ação estratégica* incumbe um ou mais órgãos governamentais do dever de realização da conduta. Há, então, possibilidade de monitoramento das ações, cobrando-se os órgãos responsáveis e evitando que o PNDH-3 seja mais uma *carta de intenção sem maiores resultados*. Foi criado o "Comitê de Acompanhamento e Monitoramento do PNDH-3", integrado por 21 representantes de órgãos do Poder Executivo, presidido pelo Secretário de Direitos Humanos, que designará os demais representantes do Comitê. O Comitê de Acompanhamento e Monitoramento do PNDH-3 poderá constituir subcomitês temáticos para a execução de suas atividades, que poderão contar com a participação de representantes de outros órgãos do Governo Federal. Além disso, o Comitê convidará representantes dos demais Poderes, da sociedade civil e dos entes federados para participarem de suas reuniões e atividades. Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os órgãos do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público serão convidados a aderir ao PNDH-3.

Por outro lado, várias das ações estratégicas dependem do Congresso Nacional e muitas das condutas do Poder Executivo restringem-se a *enviar um projeto de lei* ou mesmo a *fomentar debates*. A prática brasileira revela que mesmo que o projeto de lei seja encaminhado pelo Poder Executivo não é certo que este orientará os partidos políticos que compõem a base de sustentação do governo (a chamada "base aliada") que votem a favor da proposta legislativa.

O *monitoramento*, então, é essencial para revelar eventual abuso de retórica, oportunismo e incoerência do próprio Poder Executivo na condução da implementação do PNDH. Por isso, na Revisão Periódica Universal da situação brasileira (realizada pelo Conselho de Direitos Humanos em 2008) o Brasil comprometeu-se a estabelecer um abrangente instrumento de monitoramento da situação de direitos humanos em toda a Federação.

QUADRO SINÓTICO

Eixos e diretrizes do PNDH-3	
Eixo Orientador	**Diretriz**
I. Interação Democrática - entre Estado e Sociedade Civil	1. Interação democrática entre Estado e sociedade civil como instrumento de fortalecimento da democracia participativa. 2. Fortalecimento dos direitos humanos como instrumento transversal das políticas públicas e de interação democrática. 3. Integração e ampliação dos sistemas de informação em direitos humanos e construção de mecanismos de avaliação e monitoramento de sua efetivação.
II. Desenvolvimento e Direitos Humanos	4. Efetivação de modelo de desenvolvimento sustentável, com inclusão social e econômica, ambientalmente equilibrado e tecnologicamente responsável, cultural e regionalmente diverso, participativo e não discriminatório. 5. Valorização da pessoa humana como sujeito central do processo de desenvolvimento. 6. Promover e proteger os direitos ambientais como direitos humanos, incluindo as gerações futuras como sujeitos de direitos.
III. Universalizar Direitos em um Contexto de Desigualdades	7. Garantia dos Direitos Humanos de forma universal, indivisível e interdependente, assegurando a cidadania plena. 8. Promoção dos direitos de crianças e adolescentes para o seu desenvolvimento integral, de forma não discriminatória, assegurando seu direito de opinião e participação. 9. Combate às desigualdades estruturais. 10. Garantia da igualdade na diversidade.
IV. Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência	11. Democratização e modernização do sistema de segurança pública. 12. Transparência e participação popular no sistema de segurança pública e justiça criminal. 13. Prevenção da violência e da criminalidade e profissionalização da investigação de atos criminosos. 14. Combate à violência institucional, com ênfase na erradicação da tortura e na redução da letalidade policial e carcerária. 15. Garantia dos direitos das vítimas de crimes e de proteção das pessoas ameaçadas. 16. Modernização da política de execução penal, priorizando a aplicação de penas e medidas alternativas à privação de liberdade e melhoria do sistema penitenciário. 17. Promoção de sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa dos direitos.

V. Educação e Cultura em Direitos Humanos	18. Efetivação das diretrizes e dos princípios da política nacional de educação em direitos humanos para fortalecer cultura de direitos. 19. Fortalecimento dos princípios da democracia e dos direitos humanos nos sistemas de educação básica, nas instituições de ensino superior e nas instituições formadoras. 20. Reconhecimento da educação não formal como espaço de defesa e promoção dos direitos humanos. 21. Promoção da educação em direitos humanos no serviço público. 22. Garantia do direito à comunicação democrática e ao acesso à informação para a consolidação de uma cultura em direitos humanos.
VI. Direito à Memória e à Verdade	23. Reconhecimento da memória e da verdade como direito humano da cidadania e dever do Estado. 24. Preservação da memória histórica e a construção pública da verdade. 25. Modernização da legislação relacionada com a promoção do direito à memória e à verdade, fortalecendo a democracia.

11.3. PROGRAMAS ESTADUAIS DE DIREITOS HUMANOS

Tendo em vista a diversidade regional e a competência administrativa comum para proteção dos direitos humanos, vários Estados adotaram programas estaduais de direitos humanos, que contemplem as características específicas de cada Estado. Como vimos acima, o PNDH-3 propõe a atuação conjunta do governo federal com os governos estaduais, governos municipais e sociedade civil.

O primeiro Programa Estadual de Direitos Humanos (PEDH) foi adotado no Estado de São Paulo, pelo Decreto n. 42.209, de 15 de setembro de 1997. A Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania foi designada para coordenar as iniciativas governamentais ligadas ao PEDH, bem como presidir um Comitê de monitoramento da implementação. No caso de São Paulo, de acordo com sua própria introdução, o PEDH baseia-se em cinco princípios básicos: 1) garantia dos direitos humanos de todas pessoas, independentemente de origem, idade, sexo, etnia, raça, condição econômica e social, orientação ou identidade sexual, credo religioso e convicção política; 2) os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais são indissociáveis; 3) as violações dos direitos humanos têm muitas causas, de ordem internacional, política, econômica, social, cultural e psicológica; 4) o estudo e pesquisa da natureza e das causas das violações de direitos humanos são indispensáveis para formulação e implementação de políticas e programas de combate à violência e discriminação e de proteção e promoção dos direitos humanos; e finalmente 5) a proteção dos direitos humanos e a consolidação da democracia dependem da cooperação de todos, entre o governo federal e o governo estadual, com os governos municipais e a sociedade civil, tanto na fase de formulação quanto na fase de implementação, monitoramento e avaliação das políticas e programas de direitos humanos.

Depois de São Paulo, vários Estados adotaram programas estaduais de direitos humanos, como Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, Sergipe e Tocantins.

QUADRO SINÓTICO

	A busca da implementação dos direitos humanos no Brasil
IDH brasileiro e a criação de uma política de direitos humanos	• Índice de Desenvolvimento Humano (IDH): medida comparativa usada para classificar os Estados de acordo com seu grau de "desenvolvimento humano" pautado em um agregado de dados ("PIB *per capita*", expectativa de vida ao nascer, escolaridade e renda). • Há evidente descompasso entre a posição econômica do Brasil (uma das 10 maiores economias do mundo) e a qualidade de vida de sua população (IDH: 84ª posição entre os 187 Estados avaliados em 2011). • Orientação que consta da Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993: Estados devem elaborar programas nacionais de direitos humanos. • Essa orientação foi concretizada por diversos Estados. Com isso, rompeu-se o paradigma de que as normas de direitos humanos eram normas programáticas, sujeitas à reserva do possível e ao desenvolvimento progressivo ou ainda o paradigma de tratar os direitos humanos como consequência dos projetos governamentais gerais, criando-se um espaço de discussão e elaboração de uma política pública específica voltada aos direitos humanos.

Programas Nacionais de Direitos Humanos 1, 2 e 3	• **PNDH-1:** • Criado pelo Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996. • Meta (art. 1º): realizar um diagnóstico da situação dos direitos humanos no País e medidas para a sua defesa e promoção, conferindo visibilidade aos problemas referentes a esses direitos no Brasil e, simultaneamente, coordenando os esforços para a superação das dificuldades e para sua implementação. • Dupla lógica: a) identificação dos principais obstáculos à promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil, e b) execução, a curto, médio e longo prazos, de medidas de promoção e defesa desses direitos. • Não possui força vinculante em si, mas serve como orientação para as ações governamentais, podendo ser cobrado de determinado agente do governo federal os motivos pelos quais sua conduta é incompatível com o Decreto que instituiu o PNDH. • Voltado à garantia de proteção dos direitos civis, com especial foco no combate à impunidade e à violência policial, bem como à adesão brasileira a tratados de direitos humanos. • Inaugurou um processo, depois repetido, de consulta e debate prévio com a sociedade civil. • **PNDH-2:** • Aprovado pelo Decreto n. 4.229, de 13 de maio de 2002. • Foi fruto de seminários regionais, com ampla participação de órgãos governamentais e de entidades da sociedade civil. • Foi realizada consulta pública pela internet (pela Secretaria dos Direitos Humanos do governo federal) sobre o Programa. • Ênfase nos direitos sociais em sentido amplo e em grupos vulneráveis (direitos dos afrodescendentes, dos povos indígenas, de orientação sexual, consagrando o multiculturalismo), lançando-se ações específicas referentes ao direito à educação, à saúde, à previdência e assistência social, ao trabalho, à moradia, a um meio ambiente saudável, à alimentação, à cultura e ao lazer, assim como propostas voltadas para a educação e sensibilização de toda a sociedade brasileira para a cristalização de uma cultura de respeito aos direitos humanos.

Programas Nacionais de Direitos Humanos 1, 2 e 3	• **PNDH-3:** • Adotado pelo Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que oficializou o Programa, dividido em seis eixos orientadores, 25 diretrizes, 82 objetivos estratégicos e 521 linhas de ações. • Resultou de processo de consulta e discussão, que foi finalizado na 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos de dezembro de 2008, que teve como lema "Democracia, Desenvolvimento e Direitos Humanos: Superando as Desigualdades". • Documento final da Conferência não foi totalmente seguido pelo governo federal, mas serviu de base aos trabalhos, sob a coordenação da Secretaria Especial de Direitos Humanos (hoje denominada Secretaria de Direitos Humanos). • Diferentemente dos Planos anteriores, no PNDH-3 adotaram-se "eixos orientadores" e diretrizes, detalhando as diversas dimensões dos direitos humanos com a linguagem adotada pelo movimento de direitos humanos no Brasil, o que fez com que seus enunciados fossem percebidos como sendo de iminente implementação. Com isso, o PNDH-3 alcançou ampla repercussão na mídia e em grupos organizados contrários a determinadas ideias defendidas no PNDH-3 (em relação a temas envolvendo, por exemplo, o aborto e a proibição de símbolos religiosos em recintos de órgãos públicos, a responsabilização dos meios de comunicação que são concessionários públicos em casos de programação discriminatória e atentatória aos direitos humanos e a criação de exigência de mediação com os ocupantes antes de concessão de ordem judicial de reintegração de posse de áreas invadidas). • Decreto n. 7.177/2010: resposta do governo às manifestações, com a eliminação de duas ações no PNDH-3 (símbolos religiosos nos órgãos públicos e *ranking* de empresas de comunicação na área de direitos humanos) e alterações em sete ações. • Implementação: cada ação estratégica cabe a um ou mais órgãos governamentais do dever de realização da conduta, tornando-se possível o monitoramento das ações. • Foi criado o "Comitê de Acompanhamento e Monitoramento do PNDH-3", integrado por 21 representantes de órgãos do Poder Executivo e presidido pelo Secretário de Direitos Humanos; o Comitê poderá constituir subcomitês temáticos para a execução de suas atividades e convidar representantes dos demais Poderes, da sociedade civil e dos entes federados para participarem de suas reuniões e atividades.

Programas Estaduais de Direitos Humanos	• No Brasil, a competência administrativa de realizar políticas públicas de implementação dos direitos humanos é comum a todos os entes federados. Assim, é possível que haja programas de direitos humanos no plano federal, estadual e municipal. • Considerando-se a diversidade regional e a competência administrativa comum para proteção dos direitos humanos, vários Estados adotaram programas estaduais de direitos humanos, que contemplem as características específicas de cada Estado.

12. As principais instituições de defesa e promoção dos direitos humanos no Poder Executivo Federal

12.1. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Na esfera administrativa federal, o órgão especializado em direitos humanos é a Secretaria de Direitos Humanos (SEDH), que é órgão vinculado à Presidência da República, com *status* de Ministério.

A existência de um órgão específico e de hierarquia administrativa superior na área federal (*status* de Ministério e vinculado à Presidência da República), voltado especificamente para a temática dos direitos humanos, é recente na história do País. Até o início dos anos 90 do século passado, a temática era de atribuição do Ministério da Justiça. O crescimento da importância da temática (e, em especial, a adesão brasileira ao crescente processo de internacionalização dos direitos humanos) fez a matéria sair do Ministério da Justiça e ganhar corpo próprio.

Essa escalada foi iniciada com a criação da Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, ainda vinculada ao Ministério da Justiça, criada pelo Decreto n. 2.193, de 7 de abril de 1997 (Presidência de Fernando Henrique Cardoso). A criação desta secretaria já demonstrou prestígio da temática, pois substituiu o departamento de direitos humanos da antiga Secretaria de Direitos da Cidadania. A mudança foi realizada para que o novo órgão pudesse coordenar e acompanhar a execução do Programa Nacional de Direitos Humanos, PNDH-1, conforme dispunha o Decreto 2.193/97.

No governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi dado mais um passo, sendo criada a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, vinculada à Presidência da República (Lei n. 10.683/2003), desvinculando-a do Ministério da Justiça. Pela primeira vez, em 2003, a Secretaria foi equiparada a um Ministério e o titular da pasta possuía o *status* de Ministro. A Secretaria ostentava o vínculo direto com o Gabinete do Presidente, o que facilitou sua articulação com os demais órgãos da Administração Pública.

No final do Governo Lula, a Secretaria perdeu a denominação de "Especial" e passou a se chamar "Secretaria de Direitos Humanos", demonstrando que a preocupação com a temática é *permanente* e equiparada às demais áreas administrativas (não existe, por exemplo, "Ministério Especial da Justiça", "Ministério Especial da Fazenda" etc.). Seu *site* é

emblemático: <www.direitoshumanos.gov.br>.

De acordo com a Lei n. 12.314, de 19 de agosto de 2010, a Secretaria de Direitos Humanos é órgão da Presidência da República, tendo como área de competência os seguintes assuntos:

a) assessoramento direto e imediato ao Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes voltadas à promoção dos direitos da *cidadania*, da *criança*, do *adolescente*, do *idoso* e das *minorias* e à *defesa dos direitos das pessoas com deficiência* e *promoção da sua integração à vida comunitária*;

b) coordenação da *política nacional de direitos humanos*, em conformidade com as diretrizes do Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH;

c) articulação de iniciativas e apoio a projetos voltados para a *proteção e promoção dos direitos humanos em âmbito nacional*, tanto por organismos governamentais, incluindo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto por organizações da sociedade; e

d) exercício das funções de *ouvidoria nacional de direitos humanos, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias* (art. 24 da Lei n. 12.314/2010).

A Secretaria de Direitos Humanos é composta por: 1) Gabinete; 2) Ouvidoria de Direitos Humanos; 3) órgãos específicos singulares: a) Secretaria de Gestão da Política de Direitos Humanos; b) Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos; c) Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente; d) Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. 4) Órgãos colegiados: a) Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH); b) Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD); c) Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Conade); d) Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda); e) Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI); f) Conselho Nacional de Promoção do Direito Humano à Alimentação (CNPDHA). Veremos abaixo, com mais detalhes, o papel da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos e dos órgãos colegiados de direitos humanos.

Dos órgãos singulares internos da Secretaria de Direitos Humanos (SEDH), o de maior abrangência é a Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, a quem compete, entre outras atividades: I – implementar o *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*, em articulação com os demais órgãos da administração pública federal, o Ministério Público, os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo dos entes federados, as organizações da sociedade civil e organismos internacionais, desenvolvendo ações que contribuam para a construção de uma *cultura voltada para o respeito dos direitos fundamentais*; II – coordenar as ações de *Mobilização Nacional para o Registro Civil de Nascimento e Documentação Básica*, em articulação com os demais órgãos da administração pública federal, o Ministério Público, os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo dos entes federados, as organizações da sociedade civil e organismos internacionais; III – promover iniciativas de parceria e *articulação institucional que visem à garantia dos direitos da população idosa*; IV – promover iniciativas de parceria e articulação institucional que visem à *garantia dos direitos da população de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais* – LGBT; V – coordenar as ações de implementação, monitoramento e aperfeiçoamento dos *Centros de Referência em Direitos Humanos, LGBT, idosos e centros de*

atendimento às vítimas; VI – coordenar a atuação da Secretaria em temas relacionados ao *sistema de segurança pública e justiça criminal, principalmente no que diz respeito à violação de direitos humanos por profissionais do sistema*; VII – coordenar ações de direitos humanos para o fortalecimento das *ouvidorias de polícia* nos Estados, bem como promover os direitos humanos de agentes de segurança pública; VIII – coordenar ações de prevenção e *combate à tortura*, bem como todas as formas de tratamento cruel, desumano e degradante, visando à sua erradicação e punição, em articulação com órgãos públicos, entidades da sociedade civil e organismos internacionais; IX – apoiar, monitorar e supervisionar a implementação dos *programas estaduais de proteção a vítimas e testemunhas*, bem como coordenar e supervisionar, no âmbito da Secretaria, a execução das atividades relacionadas com o *Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas*; X – implementar e executar a política nacional de proteção e promoção dos *defensores dos direitos humanos*, por meio de parcerias com órgãos da administração pública federal, estadual, distrital e organizações da sociedade civil; XI – coordenar a produção, a sistematização e a difusão das informações relativas ao *registro civil de nascimento, a centros de referência, a idosos e a LGBT, dentre outros grupos socialmente vulneráveis*; XII – coordenar o Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a *População em Situação de Rua* e auxiliar a implementação da Política Nacional para a População em Situação de Rua.

Assim, vê-se a abrangência da atuação da SEDH, que exige esforço triplo: atuar em várias áreas com *expertise,* bem como *cobrar* o desenvolvimento da atividade regular dos demais órgãos da Administração Pública envolvidos com a temática e ainda *articular* seu envolvimento no desenvolvimento dos trabalhos fora de sua pasta, evitando ser tida como supérflua (em especial na área do Ministério da Justiça).

12.2. OUVIDORIA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

No Brasil, as Ouvidorias (sem, é claro, comentar a figura do *ombudsman* privado, instituto totalmente distinto) são órgãos de controle interno da Administração Pública. Para tanto, desenvolvem trabalho referente à divulgação dos direitos daqueles envolvidos com a Administração, bem como devem possibilitar meios de recebimento de notícias de má prestação do serviço público, encaminhamento de pedidos de providências e fiscalização dos resultados das sindicâncias abertas. Em virtude do papel de fiscalização é importante que o Ouvidor seja dotado de estrutura material adequada e garantias de independência (mandato, impossibilidade de exoneração por livre decisão da Administração Pública) para que seu papel não seja meramente decorativo.

Nessa linha, a Ouvidoria-Geral da Cidadania é um órgão interno da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que tem a atribuição de exercer as funções de Ouvidoria Geral nas seguintes temáticas: 1) cidadania; 2) Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT; 3) criança; 4) adolescente; 5) pessoa com deficiência; 6) idoso; e 7) de outros grupos sociais mais vulneráveis.

Assim, cabe à Ouvidoria receber as reclamações e críticas da população e dar encaminhamento aos respectivos órgãos. Também possui papel *de formação,* empenhando-se

em informar os direitos de todos.

12.3. SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL E SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES: O PROGRAMA NACIONAL DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Duas outras Secretarias compõem, junto com a Secretaria de Direitos Humanos, o *trio de secretarias* com *status* ministerial voltadas para a promoção de direitos humanos e vinculadas ao Gabinete da Presidência da República: a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e a Secretaria de Políticas para as Mulheres.

De acordo com a Lei n. 12.314/2010, a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial tem como missão a assessoria direta e imediata do Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de políticas e diretrizes para a promoção da igualdade racial, em especial na coordenação das políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos, com ênfase na *população negra,* afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância.

Cabe ainda à Secretaria o planejamento, coordenação da execução e avaliação do Programa Nacional de Ações Afirmativas do governo federal e na promoção do acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem ao cumprimento dos acordos, convenções e outros instrumentos congêneres assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à promoção da igualdade e de combate à discriminação racial ou étnica.

Cabe lembrar que o Programa Nacional de Ações Afirmativas do governo federal foi regulado pelo Decreto n. 4.228/2002 e contempla, entre outras medidas, a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas com deficiência no preenchimento de cargos em comissão no governo federal, bem como a *inclusão*, nos termos de transferências negociadas de recursos celebradas pela Administração Pública Federal, de *cláusulas de adesão ao Programa* e, ainda, a observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa e também a inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

A Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial tem como estrutura básica o Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial – CNPIR (ver abaixo), o Gabinete, a Secretaria-Executiva e subsecretarias.

Ainda de acordo com a Lei n. 12.314/2010, compete à *Secretaria de Políticas para as Mulheres* assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de políticas para as mulheres, bem como elaborar e implementar campanhas educativas e antidiscriminatórias de caráter nacional, elaborar o planejamento de gênero que contribua na ação do governo federal e demais esferas de governo, com vistas à

promoção da igualdade.

Cabe ainda à Secretaria promover e executar programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais voltados à implementação de políticas para as mulheres e promover o acompanhamento da implementação de legislação de *ação afirmativa* (*vide* o Programa Nacional de Ações Afirmativas do governo federal acima) e definição de ações públicas que visem ao cumprimento dos acordos, convenções e planos de ação assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à igualdade entre mulheres e homens e de combate à discriminação.

Sua estrutura básica é composta pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (ver abaixo), o Gabinete, a Secretaria-Executiva e subsecretarias.

12.4. CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA

O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana – CDDPH, é um órgão colegiado, criado pela Lei n. 4.319, de 16 de março de 1964, sancionada pelo Presidente João Goulart poucos dias antes do golpe militar de 1964 (31 de março de 1964).

Sua composição é plural, contando com os seguintes *doze* membros: Secretário de Direitos Humanos (que o preside); Representante do Ministério das Relações Exteriores; Representante do Ministério Público Federal (atualmente é o próprio Procurador-Geral da República, sendo suplente o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão); Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Professor Catedrático de Direito Constitucional; Professor Catedrático de Direito Penal de uma das Faculdades Federais; Presidente da Associação Brasileira de Imprensa; Presidente da Associação Brasileira de Educação; Líderes da Maioria e da Minoria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Compete ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana: 1) *promover inquéritos, investigações e estudos* sobre a eficácia das normas asseguradoras dos direitos humanos, inscritos na Constituição Federal, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres Fundamentais do Homem (1948) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); 2) promover a *divulgação do conteúdo e da significação* de cada um dos direitos humanos; 3) promover nas áreas que apresentem maiores índices de violação dos direitos humanos: a) a realização de inquéritos para investigar as suas causas e sugerir medidas tendentes a assegurar a plenitude do gozo daqueles direitos; b) campanha de esclarecimento e divulgação; 4) promover inquéritos e investigações nas áreas onde tenham ocorrido fraudes eleitorais de maiores proporções, para o fim de sugerir as medidas capazes de eliminar os vícios dos pleitos futuros; 5) promover a realização de cursos para o aperfeiçoamento dos serviços policiais, no que concerne ao respeito dos direitos humanos; 6) cooperar com os entes federados para a promoção de direitos humanos, em especial nas forças policiais; 7) recomendar aos governos federal, estadual e municipal a exoneração dos agentes públicos que se revelem reincidentes na prática de atos violadores dos direitos humanos; 8) recomendar o aperfeiçoamento dos serviços de polícia técnica de modo a possibilitar a comprovação da autoria dos delitos; 9) estudar o aperfeiçoamento da legislação administrativa, penal, civil, processual e trabalhista, de modo a permitir a eficaz repressão das violações dos direitos humanos por parte de particulares ou de servidores públicos; 10) receber representações que contenham notícias de violações dos direitos humanos e tomar providências capazes de fazer

cessar os abusos dos particulares ou das autoridades.

Tais previsões indicam que há duas principais atribuições do CDDPH: a primeira é receber notícias de violações de direitos humanos e investigá-las, representando ao final às autoridades policiais e ao Ministério Público, para evitar que haja negligência e impunidade. A segunda é promover estudos e recomendar ações na temática, inclusive na capacitação e educação para os direitos humanos.

Para tanto, há dispositivos que regulam a criação de comissões especiais de inquérito do CDDPH e seus poderes de requisição. Além disso, o CDDPH coopera com a Organização das Nações Unidas no que concerne à iniciativa e à execução de medidas que visem a assegurar o efetivo respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

No exercício das atribuições que lhes são conferidas por esta lei, poderão o CDDPH e as Comissões de Inquérito por ele instituídas determinar as diligências que reputarem necessárias e tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, inquirir testemunhas, requisitar às repartições públicas informações e documentos e transportar-se aos lugares onde se fizer mister sua presença. As testemunhas serão intimadas de acordo com as normas estabelecidas no Código de Processo Penal. Em caso de não comparecimento de testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao Juiz Criminal da localidade em que resida ou se encontre.

Constitui crime impedir ou tentar impedir, mediante violência, ameaças ou assuadas, o regular funcionamento do CDDPH ou de Comissão de Inquérito por ele instituída ou o livre exercício das atribuições de qualquer dos seus membros. A pena será a do art. 329 do CP. Também é crime fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete perante o CDDPH ou Comissão de Inquérito por ele instituída. A pena será a do art. 342 do CP.

Com o fortalecimento do Ministério Público após a Constituição de 1988 (com previsão constitucional de autonomia e independência funcional), o papel de investigação do CDDPH ficou secundário, uma vez que não há como sequer comparar as estruturas materiais e de recursos humanos entre esses dois entes, com clara prevalência da estrutura do Ministério Público (MP), sem contar que o resultado da investigação do CDDPH é encaminhado ao próprio MP. Em caso de negligência de um promotor de justiça, há ainda a possibilidade de as vítimas e a sociedade civil acionarem o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Já o papel promocional e de divulgação dos direitos humanos do CDDPH também ficou obscurecido pelo crescimento de outros Conselhos "temáticos", como veremos no item 12.5, que ocupam esse papel de desenvolvimento de capacitação e de políticas públicas em suas áreas respectivas.

Atualmente, o CDDPH aguarda a aprovação no Congresso Nacional de projeto de lei que o modificará profundamente e o transformará em um *Conselho de Direitos Humanos* (ver abaixo o item 17 sobre o futuro "Conselho de Direitos Humanos e os Princípios de Paris").

12.5. DOS DEMAIS ÓRGÃOS COLEGIADOS FEDERAIS DE DEFESA DE DIREITOS HUMANOS

12.5.1. O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescentes – CONANDA

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescentes (CONANDA) foi criado pela Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991, cabendo-lhe atuar na promoção dos direitos humanos das crianças e adolescentes. As principais atribuições do CONANDA são: 1) elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, em consonância com a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA); 2) zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; 3) dar apoio aos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e órgãos correlatos; 4) avaliar a política estadual e municipal e a atuação dos Conselhos Estaduais e Municipais da Criança e do Adolescente; 5) apoiar a promoção de campanhas educativas sobre os direitos da criança e do adolescente.

O CONANDA possui composição paritária entre o Poder Executivo e entidades não governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. Ao todo, o CONANDA é composto por 28 conselheiros titulares. De acordo com o Decreto n. 4.387/2003, o CONANDA é vinculado à Secretaria de Direitos Humanos, e é composto por: 1) representante da Secretaria dos Direitos Humanos; 2) representante da Casa Civil da Presidência da República; 3) representante do Gabinete do Ministro de Desenvolvimento Social e Combate à Fome; 4) representante do Ministério da Cultura; 5) representante do Ministério da Educação; 6) representante do Ministério dos Esportes; 7) representante do Ministério da Fazenda; 8) representante do Ministério da Justiça; 9) representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; 10) representante do Ministério das Relações Exteriores; 11) representante do Ministério da Saúde; 12) representante do Ministério da Previdência Social; 13) representante do Ministério do Trabalho e Emprego; e 14) Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República.

Quanto aos 14 representantes das entidades não governamentais são escolhidos em assembleias convocadas pelo CONANDA a cada dois anos. Podem se candidatar organizações não governamentais de *âmbito nacional* que *atuam na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes*. O Ministério Público Federal fiscaliza todo o processo de escolha dos representantes das entidades não governamentais.

12.5.2. O Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência – CONADE

O Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE) é um órgão colegiado, vinculado à Secretaria de Direitos Humanos, que deve acompanhar e avaliar o desenvolvimento de uma política nacional para *inclusão* da pessoa com deficiência e das políticas setoriais de educação, saúde, trabalho, assistência social, transporte, cultura, turismo, desporto, lazer e política urbana voltados a essas pessoas. O CONADE é um órgão paritário, com conselheiros da área pública e também da sociedade civil organizada.

De acordo com o Decreto n. 3.298/99 compete ao CONADE zelar pela efetiva

implantação da política para inclusão da pessoa com deficiência em âmbito nacional e acompanhar o planejamento e avaliar a execução das políticas setoriais de educação, saúde, trabalho, assistência social, transporte, cultura, turismo, desporto, lazer, política urbana e outras relativas à pessoa com deficiência. Também deve o CONADE acompanhar e apoiar as políticas e as ações do Conselho dos Direitos da Pessoa com Deficiência no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e propor a elaboração de estudos e pesquisas que objetivem a melhoria da qualidade de vida da pessoa com deficiência, além de propor e incentivar a realização de campanhas visando à prevenção de deficiência e à promoção dos direitos da pessoa com deficiência.

Além disso, cabe ao CONADE aprovar o plano de ação anual da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, órgão administrativo da Secretaria de Direitos Humanos que deve acompanhar e orientar a execução pela Administração Pública Federal das ações da Política Nacional para Inclusão da Pessoa Portadora de Deficiência

No lado governamental, há 18 representantes dos seguintes entes: 1) Secretaria de Direitos Humanos; 2) Ministério da Ciência e Tecnologia; 3) Ministério das Comunicações; 4) Ministério da Cultura; 5) Ministério da Educação; 6) Ministério do Esporte; 7) Ministério da Previdência Social; 8) Ministério das Relações Exteriores; 9) Ministério da Saúde; 10) Ministério do Trabalho e Emprego; 11) Casa Civil da Presidência da República; 12) Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; 13) Ministério dos Transportes; 14) Ministério das Cidades; 15) Ministério do Turismo; 16) Ministério da Justiça; 17) Secretaria de Políticas para as Mulheres; Representante dos Conselhos Estaduais; 18) Representante dos Conselhos Municipais. No lado da sociedade civil, há também 18 representantes de organizações de defesa das mais diferentes deficiências.

12.5.3. O Conselho Nacional dos Direitos do Idoso – CNDI

O Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI) é um órgão colegiado e paritário, vinculado à Secretaria de Direitos Humanos, tendo como finalidade a elaboração das diretrizes para a formulação e implementação da Política Nacional do Idoso, observadas as linhas de ação e as diretrizes conforme dispõe a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), bem como acompanhar e avaliar a sua execução.

De acordo com o Decreto n. 5.109/2004, ao CNDI compete elaborar as diretrizes, instrumentos, normas e prioridades da política nacional do idoso, bem como controlar e fiscalizar as ações de execução e zelar pela aplicação da política nacional de atendimento ao idoso, dando apoio aos Conselhos Estaduais, do Distrito Federal e Municipais dos Direitos do Idoso, aos órgãos estaduais, municipais e entidades não governamentais, para tornar efetivos os princípios, as diretrizes e os direitos estabelecidos pelo Estatuto do Idoso. Ao CNDI compete, ainda, acompanhar e avaliar a expedição de orientações e recomendações sobre a aplicação da Lei n. 10.741, de 2003, e dos demais atos normativos relacionados aos direitos do idoso.

O CNDI conta com 28 conselheiros, 14 vinculados ao Poder Público e 14 representantes da sociedade. São representados no CNDI os seguintes órgãos do governo federal: 1)

Secretaria dos Direitos Humanos; 2) Ministério das Relações Exteriores; 3) Ministério do Trabalho e Emprego; 4) Ministério da Educação; 5) Ministério da Saúde; 6) Ministério da Cultura; 7) Ministério do Esporte; 8) Ministério da Justiça; 9) Ministério da Previdência Social; 10) Ministério da Ciência e Tecnologia; 11) Ministério do Turismo; 12) Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; 13) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; e 14) Ministério das Cidades. Já os quatorze representantes da sociedade são escolhidos entre as entidades da sociedade civil organizada, sem fins lucrativos, com atuação no campo da promoção e defesa dos direitos da pessoa idosa, que tenham filiadas organizadas em, pelo menos, cinco unidades da Federação, distribuídas em três regiões do País.

12.5.4. O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – CNCD-LGBT

O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD-LGBT) é um órgão colegiado, vinculado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), criado através da Medida Provisória n. 2.216-37, de 31 de agosto de 2001.

Sua origem remonta ao combate à discriminação da população negra, dos povos indígenas e dos grupos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais previsto no Programa Nacional dos Direitos Humanos-1 de 1996. Essa luta contra a discriminação foi ainda impulsionada pela III Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, patrocinada pela ONU e realizada em Durban-África do Sul, no ano de 2001.

Após Durban, o governo federal instituiu, por meio do Decreto n. 3.952, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD, órgão colegiado composto por representantes da sociedade civil e Governo Federal visando coordenar os esforços de combate à discriminação no Brasil. Ao novo Conselho foi atribuído o acompanhamento dos casos que tramitam perante o Comitê de Eliminação de Discriminação – CERD, nos termos do art. 14 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 e ratificada pelo Brasil em 1968 (*vide* Parte II, Capítulo II, item 7).

Em 2010, foi dado novo perfil ao CNCD, por meio do Decreto n. 7.388, de 9 de dezembro de 2010, especializando-o na promoção dos direitos da população LGBT, passando a ser denominado CNCD-LGBT. As atribuições de combate à discriminação aos afrodescendentes e aos povos indígenas foram transferidas a outros órgãos. O novo CNCD-LGBT tem por finalidade formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação *e* para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT.

Cabe ainda ao Conselho propor estratégias de ação visando à avaliação e monitoramento das ações previstas no PNLGBT e acompanhar, analisar e apresentar sugestões em relação à execução de programas e ações governamentais para a população LGBT e a aplicação de recursos públicos para eles autorizados.

O Conselho é composto por 30 membros, sendo 15 governamentais e 15 da sociedade

civil, e tem por atribuição participar na elaboração de critérios e parâmetros de ação governamental que visem a assegurar as condições de igualdade à população LGBT, bem como propor a revisão de ações, prioridades, prazos e metas do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – PNLGBT.

Da parte governamental, são membros do CNCD-LGBT os representantes dos seguintes órgãos federais: 1) Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; 2) Casa Civil; 3) Secretaria-Geral da Presidência da República; 4) Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República; 5) Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; 6) Ministério da Saúde; 7) Ministério da Justiça; 8) Ministério da Educação; 9) Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; 10) Ministério do Trabalho e Emprego; 11) Ministério da Cultura; 12) Ministério da Previdência Social; 13) Ministério do Turismo; 14) Ministério das Relações Exteriores; e 15) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

No lado não governamental, o CNCD-LGBT conta com 15 representantes da sociedade civil, selecionados entre entidades sem fins lucrativos voltadas à promoção e defesa de direitos da população LGBT, ou ainda da comunidade científica, que desenvolvam estudos ou pesquisas sobre a população LGBT, bem como as organizações nacionais, de natureza sindical ou não, que congreguem trabalhadores ou empregadores, com atuação na promoção, defesa ou garantia de direitos da população LGBT e associações de classe, de caráter nacional, com atuação na promoção, defesa ou garantia de direitos da população LGBT.

Poderão ainda participar das reuniões do Conselho, sem direito a voto, um representante do Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, da Magistratura Federal e da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados.

12.5.5. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos – CEMDP

A *Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos* (CEMDP) foi criada pela Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Tal Lei determinou a criação da CEMDP, com a atribuição de reconhecer a morte de pessoas desaparecidas, que, por terem participado ou por terem sido acusadas de participação em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, tenham falecido, por causa não naturais, em *dependências policiais ou assemelhadas*, bem como envidar os esforços para a localização de corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados.

Em 14 de agosto de 2002, foi promulgada a Lei n. 10.536, que ampliou o período de abrangência da lei anterior, para a data final de 5 de outubro de 1988 e ainda reabriu o prazo para apresentação de novos requerimentos. Pela Lei n. 10.875, foram ampliados os critérios de *reconhecimento das vítimas da ditadura* militar, contemplando os que foram alvo por participarem de manifestações públicas ou de conflitos armados com agentes do poder

público, e os indivíduos que tenham falecido em decorrência de suicídio praticado na iminência de serem presas ou em decorrência de sequelas psicológicas resultantes de atos de tortura.

Atualmente, a Comissão Especial está vinculada à Secretaria de Direitos Humanos, sendo composta por sete membros, de livre escolha e designação do Presidente da República, que indicará, dentre eles, quem irá presidi-la, com voto de qualidade. Dos sete membros da Comissão, quatro devem ser escolhidos: dentre os membros da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados; dentre as pessoas com vínculo com os familiares das vítimas; dentre os membros do Ministério Público Federal e dentre os integrantes do Ministério da Defesa. Os outros três membros não possuem origem determinada pela lei.

12.5.6. A Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE

A Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE consiste em órgão colegiado vinculado à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, que visa acompanhar o cumprimento das ações constantes do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, propondo as adaptações que se fizerem necessárias.

De acordo com o Decreto sem número de 31 de julho de 2003, cabe ainda ao CONATRAE acompanhar a tramitação de projetos de lei relacionados com o combate e erradicação do trabalho escravo no Congresso Nacional, bem como propor atos normativos que se fizerem necessários à implementação do plano nacional de erradicação do trabalho escravo. A CONATRAE é integrada pelo Secretário Especial dos Direitos Humanos, que a presidirá; e ainda pelos seguintes Ministérios: 1) da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; 2) da Defesa; 3) do Desenvolvimento Agrário; 4) do Meio Ambiente; 5) da Previdência Social; e 6) do Trabalho e Emprego. Também serão conselheiros dois representantes do Ministério da Justiça, sendo um do Departamento de Polícia Federal e outro do Departamento de Polícia Rodoviária Federal; e até nove representantes de entidades privadas não governamentais, reconhecidas nacionalmente, e que possuam atividades relevantes relacionadas ao combate ao trabalho escravo. Poderão ser convidados a integrar a CONATRAE, na qualidade de observadores, representantes de instituições públicas ou privadas, que possuam notórias atividades no combate ao trabalho escravo.

No campo penal, o chamado "trabalho escravo contemporâneo" é tipificado no crime do *art. 149 do CP*, cuja figura típica consiste em "*reduzir alguém a condição análoga à de escravo*, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência" (Redação dada pela Lei n. 10.803 , de 11-12-2003).

O *2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo* aprovado em 2008 pela Secretaria de Direitos Humanos conta com 66 diferentes tipos de ação que visam a erradicação do "trabalho escravo contemporâneo", tido como prioridade do Estado brasileiro.

12.5.7. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos – CNEDH

O último órgão colegiado de direitos humanos vinculado à Secretaria de Direitos Humanos é o Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos (CNEDH), que consiste em uma *instância consultiva e propositiva* da Secretaria de Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República para questões relativas ao *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*.

Esse Comitê foi constituído por meio da Portaria n. 98, de 9 de julho de 2003, da SEDH, sendo integrado por personalidades com notório saber e efetiva atuação na educação em direitos humanos, bem como por representantes da própria SEDH, Ministério da Educação, Unesco e ainda da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. Compete ao Comitê, entre outras funções, propor, monitorar e avaliar políticas públicas para o cumprimento do *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Este plano foi lançado em 2003 e foi integrado ao PNDH-3. A educação em direitos humanos é compreendida como um *processo sistemático e multidimensional* que orienta a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões, entre outras: a) apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos; b) afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade; c) fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção. O Plano propõe a *transversalidade da educação em direitos humanos* nas políticas públicas, estimulando o desenvolvimento institucional e interinstitucional das ações previstas no PNEDH nos mais diversos setores (educação, saúde, comunicação, cultura, segurança e justiça, esporte e lazer, dentre outros). Há ainda a previsão de ações de formação de profissionais da *educação básica* e a *produção de materiais didáticos e paradidáticos*, além do incentivo à estruturação de *centros de referência em educação em direitos humanos* nas instituições de educação superior, seja em forma de *Núcleos de Estudos e Pesquisas*, seja em *sítios com referências bibliográficas, grupos de discussão, artigos na área*, entre outros.

A sociedade civil participa desse esforço em prol da educação de direitos humanos em iniciativas como a da criação da ANDHEP, a Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação, que foi fundada em 2003, com a finalidade principal de contribuir para a formação de uma comunidade de pesquisadores especializados em Direitos Humanos no Brasil.

12.5.8. Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial – CNPIR

O Conselho Nacional de Políticas de Igualdade Racial (CNPIR) é um órgão colegiado, de caráter consultivo e vinculado à Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (*vide* acima). O CNPIR visa propor, em âmbito nacional, políticas de promoção da *igualdade racial* com ênfase na população negra e outros segmentos raciais e étnicos da população brasileira. Além do combate ao racismo, o CNPIR almeja propor *alternativas para a superação das desigualdades raciais*, em suas múltiplas facetas (econômica, social, política e cultural).

O CNPIR foi criado pela Lei n. 10.678, de 23 de maio de 2003, e regulamentado pelo Decreto n. 4.885, de 20 de novembro de 2003. De acordo com o Decreto n. 4.885/2003,

compete ao CNPIR principalmente participar na elaboração de critérios e parâmetros para a formulação e implementação de metas e prioridades para assegurar as condições de igualdade à população negra e de outros segmentos étnicos da população brasileira, bem como propor estratégias de acompanhamento, avaliação e fiscalização, participar do processo deliberativo de diretrizes das políticas de promoção da igualdade racial, fomentando a inclusão da dimensão racial nas políticas públicas desenvolvidas em âmbito nacional, e ainda zelar pelos direitos culturais da população negra, especialmente pela preservação da memória e das tradições africanas e afro-brasileiras, além dos demais segmentos étnicos constitutivos da formação histórica e social do povo brasileiro.

O CNPIR é composto por 44 membros designados pelo Ministro de Estado Chefe da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, com a seguinte composição: 22 representantes do Poder Público Federal, sendo um de cada dos seguintes órgãos: 1) Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, que o presidirá; 2) Ministério da Educação; 3) Ministério da Saúde; 4) Ministério do Desenvolvimento Agrário; 5) Ministério do Trabalho e Emprego; 6) Ministério da Justiça; 7) Ministério das Cidades; 8) Ministério da Ciência e Tecnologia; 9) Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; 10) Ministério do Meio Ambiente; 11) Ministério da Integração Nacional; 12) Ministério dos Esportes; 13) Ministério das Relações Exteriores; 14) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; 15) Casa Civil da Presidência da República; 16) Ministério da Cultura; 17) Ministério das Comunicações; 18) Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, da Presidência da República; 19) Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; 20) Secretaria-Geral da Presidência da República; 21) Fundação Cultural Palmares; e 22) Fundação Nacional do Índio. Também participam do CNPIR 19 conselheiros escolhidos de entidades da sociedade civil de caráter nacional e três personalidades notoriamente reconhecidas no âmbito das relações raciais.

12.5.9. Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM

O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM consiste em órgão colegiado vinculado à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, tendo por finalidade formular e propor diretrizes de ação governamental voltadas à promoção dos direitos das mulheres e atuar no controle social de políticas públicas de igualdade de gênero.

De acordo com o Decreto n. 6.412, de 25 de março de 2008, compete ao CNDM principalmente participar na elaboração de critérios e parâmetros para o estabelecimento e implementação de metas e prioridades que visem a assegurar as condições de igualdade às mulheres e ainda apresentar sugestões relativas à implementação do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres – PNPM, devendo também propor estratégias de ação visando ao acompanhamento, avaliação e fiscalização das *políticas de igualdade* para as mulheres, desenvolvidas em âmbito nacional, bem como a participação social no processo decisório relativo ao estabelecimento das diretrizes dessas políticas. O II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres foi adotado em 2008 e conta com 388 ações propostas, visando a implementação da igualdade de gênero prevista na Constituição de 1988 e nos tratados

internacionais de direitos humanos.

O CNDM é constituído de *40 integrantes*, designados pela Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, observada a seguinte composição: I – 16 representantes do Poder Público Federal, sendo um de cada órgão a seguir enumerado: a) Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, que o presidirá; b) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; c) Ministério da Saúde; d) Ministério da Educação; e) Ministério do Trabalho e Emprego; f) Ministério da Justiça; g) Ministério do Desenvolvimento Agrário; h) Ministério da Cultura; i) Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; j) Ministério da Ciência e Tecnologia; l) Ministério das Relações Exteriores; m) Ministério do Meio Ambiente; n) Secretaria-Geral da Presidência da República; o) Casa Civil da Presidência da República; p) Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; q) Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Também serão conselheiras 21 representantes de entidades da sociedade civil, de caráter nacional e três mulheres com notório conhecimento das questões de gênero e atuação na luta pela promoção e defesa dos direitos das mulheres.

QUADRO SINÓTICO

As principais instituições defesa e promoção dos direitos humanos no Poder Executivo federal	
Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República	• Órgão da Presidência da República, especializado em direitos humanos e de *status* de Ministério. • Até o início dos anos 1990, a temática dos direitos humanos era de atribuição do Ministério da Justiça. Assim, a criação de um órgão específico e de hierarquia administrativa superior na área federal revela o crescimento da importância da temática. • Decreto n. 2.193, de 7 de abril de 1997: criação da Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, vinculada ao Ministério da Justiça, em substituição ao departamento de direitos humanos da antiga Secretaria de Direitos da Cidadania. • Criação da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, vinculada à Presidência da República (Lei n. 10.683/2003), desvinculando-a do Ministério da Justiça. • Secretaria perde a denominação de "Especial" e passa a se chamar "Secretaria de Direitos Humanos", demonstrando que a preocupação com a temática é corriqueira e equiparada às demais áreas administrativas. • Competência (art. 24 da Lei n. 12.314/2010): I – assessoramento direto e imediato ao Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes voltadas à promoção dos direitos da cidadania, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias e à defesa dos direitos das pessoas com deficiência e promoção da sua integração à vida comunitária; II – coordenação da política nacional de direitos humanos, em conformidade com as diretrizes do PNDH; III – articulação de iniciativas e apoio a projetos voltados para a proteção e promoção dos direitos humanos em âmbito nacional, tanto por organismos governamentais quanto por organizações da sociedade; e

Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República	IV – exercício das funções de ouvidoria nacional de direitos humanos, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias. • Composta por: 1) Gabinete; 2) Ouvidoria de Direitos Humanos; 3) Órgãos específicos singulares: a) Secretaria de Gestão da Política de Direitos Humanos; b) Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos; c) Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente; d) Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. 4) Órgãos colegiados: a) Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH); b) Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD); c) Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE); d) Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA); e) Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI); f) Conselho Nacional de Promoção do Direito Humano à Alimentação (CNPDHA).

Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos	• Ouvidorias: no Brasil, são órgãos de controle interno da Administração Pública, que desenvolvem trabalho referente à divulgação dos direitos daqueles envolvidos com a Administração, e que devem possibilitar meios de recebimento de notícias de má prestação do serviço público, encaminhamento de pedidos de providências e fiscalização dos resultados das sindicâncias abertas. • Ouvidoria-Geral da Cidadania: é um órgão interno da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que tem a atribuição de exercer as funções de Ouvidoria Geral nas seguintes temáticas: 1) cidadania; 2) Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT; 3) criança; 4) adolescente; 5) pessoa com deficiência; 6) idoso; e 7) de outros grupos sociais mais vulneráveis.
Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial	• Competência: a) assessoria direta e imediata do Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de políticas e diretrizes para a promoção da igualdade racial, em especial na coordenação das políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos, com ênfase na população negra, afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância; b) planejamento e coordenação da execução e avaliação do Programa Nacional de Ações Afirmativas do governo federal e na promoção do acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem ao cumprimento dos acordos, convenções e outros instrumentos congêneres assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à promoção da igualdade e de combate à discriminação racial ou étnica. • Estrutura básica: Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial – CNPIR, Gabinete, Secretaria-Executiva e subsecretarias.

Secretaria de Políticas para as Mulheres	• Competência: a) assessoria direta e imediata ao Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de políticas para as mulheres; b) elaboração e implementação de campanhas educativas e antidiscriminatórias de caráter nacional; c) elaboração do planejamento de gênero que contribua na ação do governo federal e demais esferas de governo, com vistas na promoção da igualdade; d) promoção e execução de programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais voltados à implementação de políticas para as mulheres; e) acompanhamento da implementação de ação afirmativa; f) definição de ações públicas que visem ao cumprimento dos acordos, convenções e planos de ação assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à igualdade entre mulheres e homens e de combate à discriminação. • Estrutura básica: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Gabinete, Secretaria-Executiva e subsecretarias.

PROGRAMA NACIONAL DE AÇÕES AFIRMATIVAS DO GOVERNO FEDERAL: • Regulado pelo Decreto n. 4.228/2002; • Tem por fim promover a inclusão de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.	
Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana	• É um órgão colegiado, criado pela Lei n. 4.319, de 16 de março de 1964. • Competência: 1) promover inquéritos, investigações e estudos sobre a eficácia das normas asseguradoras dos direitos humanos, inscritos na Constituição Federal, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres Fundamentais do Homem (1948) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); 2) promover a divulgação do conteúdo e da significação de cada um dos direitos humanos; 3) promover nas áreas que apresentem maiores índices de violação dos direitos humanos: a) a realização de inquéritos para investigar as suas causas e sugerir medidas tendentes a assegurar a plenitude do gozo daqueles direitos; b) campanha de esclarecimento e divulgação; 4) promover inquéritos e investigações nas áreas onde tenham ocorrido fraudes eleitorais de maiores proporções, para o fim de sugerir as medidas capazes de eliminar os vícios dos pleitos futuros; 5) promover a realização de cursos para o aperfeiçoamento dos serviços policiais, no que concerne ao respeito dos direitos humanos; 6) cooperar com os entes federados para a promoção de direitos humanos, em especial nas forças policiais; 7) recomendar aos governos federal, estadual e municipal a exoneração dos agentes públicos que se revelem reincidentes na prática de atos violadores dos direitos humanos;

Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana	8) recomendar o aperfeiçoamento dos serviços de polícia técnica de modo a possibilitar a comprovação da autoria dos delitos; 9) estudar o aperfeiçoamento da legislação administrativa, penal, civil, processual e trabalhista, de modo a permitir a eficaz repressão das violações dos direitos humanos por parte de particulares ou de servidores públicos; 10) receber representações que contenham notícias de violações dos direitos humanos e tomar providências capazes de fazer cessar os abusos dos particulares ou das autoridades. • O CDDPH coopera com a ONU no que concerne à iniciativa e à execução de medidas que visem a assegurar o efetivo respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. • Constitui crime: a) impedir ou tentar impedir, mediante violência, ameaças ou assuadas, o regular funcionamento do CDDPH ou de Comissão de Inquérito por ele instituída ou o livre exercício das atribuições de qualquer dos seus membros (pena: art. 329 do CP); b) fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete perante o CDDPH ou Comissão de Inquérito por ele instituída (pena: art. 342 do CP). • O CDDPH aguarda a aprovação no Congresso Nacional de projeto de lei que o modificará profundamente e o transformará em um Conselho de Direitos Humanos.

Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescentes – CONANDA	• Criado pela Lei n. 8.242/91, cabendo-lhe atuar na promoção dos direitos humanos das crianças e adolescentes. • Principais atribuições: 1) elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, em consonância com a Lei n. 8.069/90; 2) zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; 3) dar apoio aos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e órgãos correlatos; 4) avaliar a política estadual e municipal e a atuação dos Conselhos Estaduais e Municipais da Criança e do Adolescente; 5) apoiar a promoção de campanhas educativas sobre os direitos da criança e do adolescente. • CONANDA possui composição paritária entre o Poder Executivo e entidades não governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência – CONADE	• Órgão colegiado, vinculado à Secretaria de Direitos Humanos, que deve acompanhar e avaliar o desenvolvimento de uma política nacional para inclusão da pessoa com deficiência e das políticas setoriais de educação, saúde, trabalho, assistência social, transporte, cultura, turismo, desporto, lazer e política urbana voltadas a essas pessoas. • É um órgão paritário, com conselheiros da área pública e também da sociedade civil organizada. • Competência (Decreto n. 3.298/99): 1) zelar pela efetiva implantação da política para inclusão da pessoa com deficiência em âmbito nacional e acompanhar o planejamento e avaliar a execução das políticas setoriais de educação, saúde, trabalho, assistência social, transporte, cultura, turismo, desporto, lazer, política urbana e outras relativas à pessoa com deficiência; 2) acompanhar e apoiar as políticas e as ações do Conselho dos Direitos da Pessoa com Deficiência no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; 3) propor a elaboração de estudos e pesquisas que objetivem a melhoria da qualidade de vida da pessoa com deficiência; 4) propor e incentivar a realização de campanhas visando à prevenção de deficiência e à promoção dos direitos da pessoa com deficiência; 5) aprovar o plano de ação anual da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, órgão administrativo da Secretaria de Direitos Humanos que deve acompanhar e orientar a execução pela Administração Pública Federal das ações da Política Nacional para Inclusão da Pessoa de Deficiência.

Conselho Nacional dos Direitos do Idoso – CNDI	• Órgão colegiado e paritário, vinculado à Secretaria de Direitos Humanos. • Finalidade: a elaboração das diretrizes para a formulação e implementação da Política Nacional do Idoso, observadas as linhas de ação e as diretrizes conforme dispõe o Estatuto do Idoso, bem como acompanhar e avaliar a sua execução. • Competência (Decreto n. 5.109/2004): 1) elaborar as diretrizes, instrumentos, normas e prioridades da política nacional do idoso; 2) controlar e fiscalizar as ações de execução e zelar pela aplicação da política nacional de atendimento ao idoso, dando apoio aos Conselhos Estaduais, do Distrito Federal e Municipais dos Direitos do Idoso, aos órgãos estaduais, municipais e entidades não governamentais, para tornar efetivos os princípios, as diretrizes e os direitos estabelecidos pelo Estatuto do Idoso; 3) acompanhar e avaliar a expedição de orientações e recomendações sobre a aplicação do Estatuto do Idoso e dos demais atos normativos relacionados aos direitos do idoso.
Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – CNCD-LGBT	• Órgão colegiado, vinculado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, criado através da Medida Provisória n. 2.216-37/2001. • É composto por trinta membros, sendo quinze governamentais e quinze da sociedade civil. • Atribuição: participar na elaboração de critérios e parâmetros de ação governamental, em âmbito nacional, que visem a assegurar as condições de igualdade à população LGBT, bem como propor a revisão de ações, prioridades, prazos e metas do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – PNLGBT.

Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos – CEMDP	• Criada pela Lei n. 9140/1995, que reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. • Atribuição: reconhecer a morte de pessoas desaparecidas, que, por terem participado ou por terem sido acusadas de participação em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, tenham falecido, por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas, bem como envidar os esforços para a localização de corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados. • Lei n. 10.536/2002: ampliou o período de abrangência da lei anterior para a data final de 5 de outubro de 1988 e reabriu o prazo para apresentação de novos requerimentos. • Lei n. 10.875: ampliou os critérios de reconhecimento das vítimas da ditadura militar. • Composta por sete membros, de livre escolha e designação do Presidente da República, que indicará, dentre eles, quem irá presidi-la, com voto de qualidade.

A Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE	• Órgão colegiado vinculado à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, que visa acompanhar o cumprimento das ações constantes do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, propondo as adaptações que se fizerem necessárias. • Competência: 1) acompanhar a tramitação de projetos de lei relacionados com o combate e erradicação do trabalho escravo no Congresso Nacional; 2) propor atos normativos que se fizerem necessários à implementação do plano nacional de erradicação do trabalho escravo. • A CONATRAE é integrada pelo Secretário Especial dos Direitos Humanos, que a presidirá, bem como por outros Ministérios, além de até nove representantes de entidades privadas não governamentais, reconhecidas nacionalmente, e que possuam atividades relevantes relacionadas ao combate ao trabalho escravo. • "Trabalho escravo contemporâneo": tipificado no crime do art. 149 do CP. • 2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo: aprovado em 2008 pela Secretaria de Direitos Humanos, conta com 66 diferentes tipos de ação que visam a erradicação do "trabalho escravo contemporâneo".
Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos – CNEDH	• Instância consultiva e propositiva da Secretaria de Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República para questões relativas ao Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. • Constituído por meio da Portaria n. 98, de 9 de julho de 2003, da SED. • Integrado por personalidades com notório saber e efetiva atuação na educação em Direitos Humanos, bem como por representantes da própria SEDH, Ministério da Educação, Unesco e da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. • Competência: propor, monitorar e avaliar políticas públicas para o cumprimento do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (lançado em 2003 e integrado ao PNDH-3).

Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial – CNPIR	• Órgão colegiado, de caráter consultivo e vinculado à Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. • Criado pela Lei n. 10.678/2003, e regulamentado pelo Decreto n. 4.885/2003. • Objetivo: propor, em âmbito nacional, políticas de promoção da igualdade racial com ênfase na população negra e outros segmentos raciais e étnicos da população brasileira; propor alternativas para a superação das desigualdades raciais, em suas múltiplas facetas (econômica, social, política e cultural). • Competência: 1) participar na elaboração de critérios e parâmetros para a formulação e implementação de metas e prioridades para assegurar as condições de igualdade à população negra e de outros segmentos étnicos da população brasileira; 2) propor estratégias de acompanhamento, avaliação e fiscalização, bem como a participação no processo deliberativo de diretrizes das políticas de promoção da igualdade racial, fomentando a inclusão da dimensão racial nas políticas públicas desenvolvidas em âmbito nacional; 3) zelar pelos direitos culturais da população negra, especialmente pela preservação da memória e das tradições africanas e afro-brasileiras, bem como dos demais segmentos étnicos constitutivos da formação histórica e social do povo brasileiro. • É composto por 44 membros designados pelo Ministro de Estado Chefe da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, com a seguinte composição: 22 representantes do Poder Público Federal, 19 conselheiros escolhidos de entidades da sociedade civil de caráter nacional e três personalidades notoriamente reconhecidas no âmbito das relações raciais.

Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM	• Órgão colegiado vinculado à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. • Finalidade: formular e propor diretrizes de ação governamental voltadas à promoção dos direitos das mulheres e atuar no controle social de políticas públicas de igualdade de gênero. • Competência (Decreto n. 6.412/2008): 1) participar na elaboração de critérios e parâmetros para o estabelecimento e implementação de metas e prioridades que visem a assegurar as condições de igualdade às mulheres; 2) apresentar sugestões relativas à implementação do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres; 3) propor estratégias de ação visando ao acompanhamento, avaliação e fiscalização das políticas de igualdade para as mulheres, desenvolvidas em âmbito nacional, bem como a participação social no processo decisório relativo ao estabelecimento das diretrizes dessas políticas. • II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres: foi adotado em 2008 e conta com 388 ações propostas, visando a implementação da igualdade de gênero. • O CNDM é constituído de 40 integrantes, designados pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, observada a seguinte composição: 16 representantes do Poder Público Federal, 21 representantes de entidades da sociedade civil, de caráter nacional, e três mulheres com notório conhecimento das questões de gênero e atuação na luta pela promoção e defesa dos direitos das mulheres.

13. No Poder Legislativo Federal: a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (CDHM)

A *Comissão de Direitos Humanos e Minorias* (CDHM) é uma comissão permanente da Câmara dos Deputados, cabendo-lhe discutir e votar propostas legislativas referentes à temática dos direitos humanos, bem como fiscalizar atuação governamental na área, recebendo notícias de violações de direitos humanos e colaborando com entidades não governamentais na feitura dos chamados “relatórios sombra” (*vide* Parte II, Capítulo IV, itens 3 a 8) a serem encaminhados a órgãos internacionais de direitos humanos.

A Comissão, criada em 1995, é referência também na discussão das políticas públicas de direitos humanos, organizando anualmente as conferências nacionais de direitos humanos, que auxiliaram a realização dos Programas Nacionais de Direitos Humanos 1, 2 e 3 (atualmente em vigor).

QUADRO SINÓTICO

No Poder Legislativo Federal: a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (CDHM)

- A CDHM é uma comissão permanente da Câmara dos Deputados.
- Criação: 1995.
- Atribuições: discutir e votar propostas legislativas referentes à temática dos direitos humanos, bem como fiscalizar atuação governamental na área, recebendo notícias de violações de direitos humanos e colaborando com entidades não governamentais na feitura dos chamados "relatórios sombra" a serem encaminhados a órgãos internacionais de direitos humanos.

14. Ministério Público Federal e Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão

De acordo com o art. 127 da CF/88, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A Lei Complementar n. 75/93, que dispõe sobre o estatuto do Ministério Público da União, determina, em seu art. 39, que compete ao Ministério Público Federal exercer a *defesa dos* direitos constitucionais do cidadão, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito: I – pelos Poderes Públicos Federais; II – pelos órgãos da Administração Pública federal direta ou indireta; III – pelos concessionários e permissionários de serviço público federal; IV – por entidades que exerçam outra função delegada da União. Ainda, o art. 5º, III, *e*, da Lei Complementar n. 75/93 estabelece que compete ao Ministério Público a defesa dos direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso.

Assim, a defesa dos direitos humanos é atribuição constitucional do Ministério Público, o que resultou, no âmbito de atuação federal, na criação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) do Ministério Público Federal.

A PFDC foi criada pela Lei Complementar n. 75/93 que dispôs, em seu art. 40, que o Procurador-Geral da República designará, *dentre* os Subprocuradores-Gerais da República e mediante prévia aprovação do nome pelo Conselho Superior, o *Procurador Federal dos Direitos do Cidadão*, para exercer as funções do ofício pelo prazo de dois anos, permitida uma recondução, precedida de nova decisão do Conselho Superior.

Também estabeleceu que em cada Estado e no Distrito Federal será designado, pelo Procurador-Geral da República, um *Procurador Regional dos Direitos do Cidadão*. Compete ao Procurador Federal dos Direitos do Cidadão coordenar o trabalho dos Procuradores Regionais, expedindo-lhes instruções, respeitando, contudo, o princípio da independência funcional.

A PFDC zela pela defesa dos direitos constitucionais do cidadão e visa à garantia do seu efetivo respeito pelos Poderes Públicos e pelos prestadores de serviços de relevância pública. Cabe ao Procurador dos Direitos do Cidadão agir de ofício ou mediante

representação, notificando a autoridade questionada para que preste informação, no prazo que assinar. Recebidas ou não as informações e instruído o caso, se o Procurador dos Direitos do Cidadão concluir que direitos constitucionais foram ou estão sendo desrespeitados, deverá notificar o responsável para que tome as providências necessárias a prevenir a repetição ou que determine a cessação do desrespeito verificado. Não atendida, no prazo devido, a notificação prevista no artigo anterior, a Procuradoria dos Direitos do Cidadão representará ao poder ou autoridade competente para promover a responsabilidade pela ação ou omissão inconstitucionais.

A Lei Complementar n. 75/93 estruturou a PFDC a partir da experiência do Defensor do Povo ("Defensor del Pueblo") ibérico e do *ombusdman* sueco, que são entes que recomendam a correção da conduta por parte da autoridade faltosa. Só assim é possível entender o art. 15 da Lei Complementar n. 75/93 que prevê que "é vedado aos órgãos de defesa dos direitos constitucionais do cidadão promover em juízo a defesa de direitos individuais lesados".

Quando a legitimidade para a ação judicial decorrente da inobservância da Constituição Federal verificada pela PFDC couber a outro órgão do Ministério Público, os elementos de informação lhe serão remetidos. Sempre que o titular do direito lesado não puder constituir advogado e a ação cabível não incumbir ao Ministério Público, o caso, com os elementos colhidos, será encaminhado à Defensoria Pública competente.

Dentre os instrumentos de atuação dos Procuradores dos Direitos do Cidadão estão: a) instauração de procedimento administrativo e inquérito civil público para investigação de violações de direitos humanos; b) expedição de notificação às autoridades; c) requisição de informações e documentos; d) expedição de recomendações às autoridades federais de todos os níveis hierárquicos; e) celebração de Termos de Ajustamento de Conduta; f) realização de audiências públicas; g) representação às autoridades competentes para o ajuizamento de ações; h) recebimento de queixas, denúncias e representações de qualquer cidadão, órgão público ou entidade não governamental, em matérias relacionadas à defesa dos direitos humanos; i) acompanhamento das proposições legislativas relacionadas aos direitos humanos. Além disso, a PFDC auxilia na promoção dos direitos humanos pela divulgação de cartilhas de direitos humanos, realização de eventos e cursos. Mais, a PFDC, no exercício de suas funções, está em constante diálogo com órgãos de Estado, organismos nacionais e internacionais e representantes da sociedade civil.

Finalmente, cabe salientar que só há *três* ofícios unipessoais na cúpula do Ministério Público Federal: o de Procurador-Geral da República, o de Procurador-Geral Eleitoral (exercido simultaneamente pelo próprio Procurador-Geral da República) e o de Procurador Federal dos Direitos Humanos. Este seria o "*procurador-geral dos direitos humanos",* simbolizando o comprometimento da instituição com a matéria.

QUADRO SINÓTICO

Ministério Público Federal e Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão

• Defesa dos direitos humanos: atribuição constitucional do Ministério Público (art. 127 da CF/88; art. 39 da LC n. 75/93).
• Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC):
  • Criação pela LC n. 75/93.

• Origem da estrutura da PFDC: experiência do Defensor do Povo ibérico e do *ombusdman* sueco (entes que recomendam a correção da conduta por parte da autoridade faltosa). Com isso, compreende-se a vedação a que os órgãos de defesa dos direitos constitucionais do cidadão promovam em juízo a defesa de direitos individuais lesados.
• Art. 40 da LC n. 75/93: o Procurador-Geral da República designa, dentre os Subprocuradores-Gerais da República e mediante prévia aprovação do nome pelo Conselho Superior, o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, para exercer as funções do ofício pelo prazo de dois anos, permitida uma recondução, precedida de nova decisão do Conselho Superior. Em cada Estado e no Distrito Federal é designado, pelo Procurador-Geral da República, um Procurador Regional dos Direitos do Cidadão.
• Procurador Federal dos Direitos do Cidadão: coordena o trabalho dos Procuradores Regionais, expedindo-lhes instruções, respeitando, contudo, o princípio da independência funcional.
• A PFDC zela pela defesa dos direitos constitucionais do cidadão e visa à garantia do seu efetivo respeito pelos Poderes Públicos e pelos prestadores de serviços de relevância pública.

• Dentre os instrumentos de atuação dos Procuradores dos Direitos do Cidadão estão:
a) instauração de procedimento administrativo e inquérito civil público para investigação de violações de direitos humanos;
b) expedição de notificação às autoridades;
c) requisição de informações e documentos;
d) expedição de recomendações às autoridades federais de todos os níveis hierárquicos;
e) celebração de Termos de Ajustamento de Conduta;
f) realização de audiências públicas;
g) representação às autoridades competentes para o ajuizamento de ações;
h) recebimento de queixas, denúncias e representações de qualquer cidadão, órgão público ou entidade não governamental, em matérias relacionadas à defesa dos direitos humanos;
i) acompanhamento das proposições legislativas relacionadas aos direitos humanos;
j) auxílio na promoção dos direitos humanos pela divulgação de cartilhas de direitos humanos, realização de eventos e cursos;
k) diálogo com órgãos de Estado, organismos nacionais e internacionais e representantes da sociedade civil.

15. A Defensoria Pública da União e a defesa dos direitos humanos

O direito fundamental à assistência jurídica encontra-se previsto no ordenamento jurídico constitucional e também no Direito Internacional dos Direitos Humanos por meio de tratados internacionais já ratificados e incorporados internamente ao direito brasileiro. Na CF/88, prevê o art. 5º, LXXIV que: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Há ainda outros dispositivos constitucionais que também revelam a existência do dever do Estado em prover a assistência jurídica gratuita, como o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e também o direito à igualdade (art. 5º, I). É evidente que o acesso à justiça ficaria comprometido, caso não fosse disponibilizado também o acesso ao advogado e sua capacidade de traduzir a demanda de uma pessoa em uma provocação técnica da jurisdição. Por outro lado, a igualdade prevista no art. 5º dependerá, em última análise, que todos conheçam o direito e possam se socorrer dos remédios judiciais, sem o que haverá disparidade injustificável de tratamento e, consequentemente, exclusão social. Concretiza-se, assim, o *direito de acesso à justiça e a igualdade por meio da assistência jurídica integral e gratuita* e, por conseguinte, a assistência jurídica gratuita passou a ser uma obrigação do Estado e um direito fundamental de todo aquele que dela necessite.

A Constituição de 1988 garantiu a assistência jurídica *integral,* que não se limita à assistência judiciária, que era assegurada desde a Constituição de 1934. Essa última refere-se tão somente à defesa dos interesses das pessoas em juízo; já a assistência jurídica integral é mais ampla, abrangendo a informação do direito e ainda a tutela administrativa e extrajudicial.

A Constituição de 1988 também foi inovadora ao criar Defensoria Pública no seu art. 134, mencionando-a como função essencial à prestação jurisdicional do Estado e formando, então, *o arco público* do sistema de justiça: Magistratura, Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública.

A Lei Complementar n. 80/94, alterada pela Lei Complementar n. 132/2009, dispõe, em seu art. 1º, que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos *necessitados*, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da CF/88.

Entre os objetivos da Defensoria Pública estão a busca da primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, bem como a prevalência e efetividade dos direitos humanos (art. 3º-A, Lei Complementar n. 80/94, incluído pela Lei Complementar n. 132, de 2009). Nesses objetivos da Defensoria Pública fica clara a pertinência da instituição com a temática dos direitos humanos.

No caso em análise, a Defensoria Pública da União (DPU) possui a missão de assegurar o acesso à justiça das pessoas, prestando assistência jurídica *judicial* integral e gratuita, nas causas na Justiça Federal, na Justiça Militar, na Justiça Eleitoral, na Justiça Trabalhista, nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal, além dos Juizados Especiais Federais.

Também lhe incumbe a assistência jurídica extrajudicial federal, que abarca a orientação e o aconselhamento jurídicos, feitos pelo Defensor Público, além da conciliação e da representação do vulnerável junto à Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, como, por exemplo, em procedimentos administrativos perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), agências reguladoras (ANATEL, ANEEL etc.), entre outros.

Fica excluída da atribuição da DPU a defesa do necessitado perante as sociedades de economia mista controladas pela União (Petrobras, por exemplo) e concessionárias privadas de serviços públicos federais, uma vez que tais entes são sujeitos ao Poder Judiciário dos Estados, cabendo atuação da Defensoria Pública dos Estados.

O grande desafio da DPU é cumprir essa missão constitucional e legal, superando a barreira da falta de recursos humanos e materiais, para realizar a *inclusão jurídica* na área federal da enorme quantidade de brasileiros que não podem dispor de serviços privados de advocacia sem prejudicar a própria subsistência.

QUADRO SINÓTICO

Defensoria Pública da União e a defesa dos direitos humanos
• *Direito fundamental à assistência jurídica*: previsto na CF/88 (5º, LXXIV, XXXV, I) e em tratados internacionais de direitos humanos. • *Assistência jurídica gratuita*: obrigação do Estado e direito fundamental de todo aquele que dela necessite. • A CF/88 garantiu a assistência jurídica integral, que abrange não só a defesa dos interesses das pessoas em juízo, mas também a informação do direito e a tutela administrativa e extrajudicial. • *Defensoria Pública*: função essencial à prestação jurisdicional do Estado (CF, art. 134). • LC n. 80/94, alterada pela LC n. 132/2009: Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados. • *Objetivos da Defensoria Pública*: busca da primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, bem como a prevalência e efetividade dos direitos humanos (art. 3º-A, LC n. 80/94, incluído pela LC n. 132/2009). • *Missão da DPU*: a) assegurar o acesso à justiça das pessoas, prestando assistência jurídica judicial integral e gratuita, nas causas na Justiça Federal, na Justiça Militar, na Justiça Eleitoral, na Justiça Trabalhista, nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal, além dos Juizados Especiais Federais; b) prestar assistência jurídica extrajudicial federal, que abarca a orientação e o aconselhamento jurídicos, feitos pelo Defensor Público, além da conciliação e da representação do vulnerável junto à Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional. • *Excluído da atribuição da DPU*: defesa do necessitado perante as sociedades de economia mista controladas pela União e concessionárias privadas de serviços públicos federais.

16. Instituições de defesa de direitos humanos no plano estadual e municipal

16.1. O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Os Ministérios Públicos estaduais dispõem de curadorias que abarcam temas típicos da temática de direitos humanos como cidadania, meio ambiente, consumidor, entre outros.

Além disso, foi criado o *Grupo Nacional de Direitos Humanos* do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (GNDH/CNPG), que visa a capacitação e troca de experiências entre os promotores e procuradores de justiça atuantes na temática. O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais é uma *associação de direito privado sem fins lucrativos*, criada em 1981, que congrega os Procuradores-Gerais de Justiça dos Ministérios Públicos dos Estados e

da União. De acordo com seu estatuto, o Conselho deve integrar os Ministérios Públicos de todos os Estados brasileiros, promovendo o intercâmbio de experiências funcionais e administrativas para melhor cumprir as missões constitucionais do Ministério Público. No caso dos direitos humanos, o *Grupo Nacional de Direitos Humanos* possui Comissões Permanentes que tratam de diversos temas de direitos humanos, tais como tortura, violência doméstica contra a mulher, saúde pública, conflitos agrários, idosos, pessoas com deficiência, infância e juventude etc. Por se tratar de uma associação privada, a troca de experiências depende da vontade dos próprios envolvidos.

Ainda no que tange à atuação coordenada em prol dos direitos humanos, há as relevantes ações do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (art. 130-A da CF/88) em especial no que tange à infância e juventude, tendo sido criada uma Comissão de Aperfeiçoamento da Atuação do Ministério Público na Área da Infância e Juventude, que já gerou a adoção da Resolução n. 71 de 15 de junho de 2011, regendo as medidas de aprimoramento da atuação do Ministério Público na área.

16.2. A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO E A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

A *Defensoria Pública do Estado* consiste em instituição que presta assistência jurídica aos necessitados, em todos os graus de jurisdição estadual e instâncias administrativas estaduais e municipais. Sua tarefa compreende a orientação jurídica e a defesa dos seus assistidos, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo. O art. 106-A da Lei Complementar n. 80/94 (incluído pela Lei Complementar n. 132/2009) determina que a organização da Defensoria Pública do Estado deve primar pela descentralização e sua atuação deve incluir atendimento interdisciplinar, bem como a tutela dos interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Na temática dos direitos humanos, essa determinação legal é essencial para a concretização do direito à assistência jurídica integral. Nenhuma fórmula assecuratória dos direitos humanos deve ser descartada, podendo ser utilizados os mecanismos judiciais e extrajudiciais (os termos de ajuste de conduta, a mediação e negociação assistida).

Como exemplo dessa nova concepção de *assistência jurídica integral* cabe citar o trabalho da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na garantia dos direitos das vítimas do acidente de *desmoronamento em obra de expansão* do Metro de São Paulo. Nesse acidente, ocorrido em 2007, ao invés da prestação de assistência judiciária, o que poderia levar às vítimas ao tortuoso e moroso processo judicial de indenização brasileiro, houve a opção por mediação e negociação extrajudicial. Assim, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo intermediou o pagamento de indenizações extrajudiciais, o que tornou a prestação de assistência jurídica rápida e eficaz para familiares de vítimas e moradores desamparados. Esta experiência ganhou o *Prêmio Innovare* na categoria de prática de excelência na Defensoria Pública.

No que tange à organização, as Defensorias Públicas estaduais contam com núcleos especializados na temática dos direitos humanos, tais quais os Ministérios Públicos estaduais.

Em São Paulo, há o Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos e que atua nas áreas não tratadas pelos demais Núcleos Especializados dessa Defensoria Pública, que são os seguintes: Infância e Juventude; Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher; Habitação e Urbanismo; Situação Carcerária; Combate à Discriminação, Racismo e Preconceito; Direitos do Idoso e da Pessoa com Deficiência; e Defesa do Consumidor.

Sua função primordial é promover a proteção e promoção dos direitos humanos dos chamados grupos sociais vulneráveis, atuando com foco no tratamento coletivo dos problemas de direitos humanos, podendo propor medidas judiciais e extrajudiciais, agindo isolada ou conjuntamente com os Defensores Públicos, sem prejuízo da atuação do Defensor Natural (art. 53 da Lei Complementar paulista n. 988/2006). Também auxilia os demais Defensores na realização de suas atividades, agindo como órgão operacional de apoio.

Em São Paulo, esse Núcleo também se encarrega de estudar o acionamento dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, como prevê o art. 4º, VI, da Lei Complementar n. 80/94 (com a redação dada pela LC n. 132/2009[26]).

16.3. OS CONSELHOS ESTADUAIS DE DIREITOS HUMANOS

Os Conselhos Estaduais de Defesa dos Direitos Humanos representam, no plano estadual, a coordenação das *políticas públicas estaduais de direitos humanos* tal qual existe no plano federal. Espera-se que o modelo de participação da sociedade civil seja adotado, bem como a participação popular, por meio de conferências estaduais de direitos humanos.

Outra característica importante de atuação de um Conselho Estadual de Direitos Humanos é a *adoção de mecanismos monitoramento e avaliação* da situação de direitos humanos no Estado, bem como objetivos e metas para o avanço da implementação de direitos na seara estadual. Finalmente, espera-se que um Conselho Estadual também sirva para o recebimento de notícias de violação de direitos humanos em especial por parte de autoridades públicas, para depois exigir reparação e punição das autoridades faltosas.

QUADRO SINÓTICO

Instituições de defesa de direitos humanos no plano estadual e municipal	
Ministério Público Estadual	Instrumentos utilizados pelo Ministério Público em prol dos direitos humanos: • Curadorias que abarcam temas típicos da temática de direitos humanos, como cidadania, meio ambiente, consumidor, entre outros. • Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (GNDH/CNPG), que visa a capacitação e troca de experiências entre os promotores e procuradores de justiça atuantes na temática. • Ações do CNMP, em especial no que tange à infância e juventude.
Defensoria Pública do Estado e a defesa dos direitos humanos	• Presta assistência jurídica aos necessitados (orientação jurídica e defesa dos seus assistidos, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo), em todos os graus de jurisdição e instâncias administrativas do Estado. • Organização (art. 106-A da LC n. 80/94): deve primar pela descentralização e sua atuação deve incluir atendimento interdisciplinar, e a tutela dos interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos. • Contam com núcleos especializados na temática dos direitos humanos.
Conselhos Estaduais de Direitos Humanos	• Representam, no plano estadual, a coordenação das políticas públicas estaduais de direitos humanos. • Característica importante: adoção de modelo de participação da sociedade civil e de participação popular por meio de conferências estaduais de direitos humanos. • Atribuições: a) adoção de mecanismos monitoramento e avaliação da situação de direitos humanos no Estado, bem como objetivos e metas para a o avanço da implementação de direitos na seara estadual; b) recepção de notícias de violação de direitos humanos em especial por parte de autoridades públicas, para posterior exigência de reparação e punição das autoridades faltosas.

17. O futuro: a criação de uma instituição nacional de direitos humanos, com a observância dos "Princípios de Paris"

17.1. O CONCEITO DE INSTITUIÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

As instituições nacionais de direitos humanos são, *grosso modo*, *órgãos públicos* que agem com *independência*, com a missão específica de *proteger* os direitos humanos,

recebendo notícias de violações, recomendando ações e políticas de implementação de direitos. Embora a composição e funções concretas de tais instituições possam variar consideravelmente de país para país, elas compartilham a *natureza pública*, esse *objetivo comum* e essa *característica de agir* com independência, sendo por isso denominadas, no plano onusiano, "instituições nacionais de direitos humanos" (INDH).

O conceito de instituições nacionais de direitos humanos reflete o desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos, após sua consagração pela edição da Carta da Organização das Nações Unidas (1945) e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Em 1946, as instituições nacionais de direitos humanos foram discutidas pela primeira vez pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC – um dos órgãos principais da ONU), tendo sido os Estados-membros convidados a estabelecer *grupos de informação ou comitês locais de direitos humanos*, para colaborarem no reforço da atividade da então existente Comissão dos Direitos Humanos (extinta em 2006, substituída pelo Conselho de Direitos Humanos), órgão subsidiário da própria ONU. Os Estados, pelos mesmos motivos pelos quais aceitaram a internacionalização dos direitos humanos, também concordaram com a criação ou mesmo adaptação de seus órgãos internos *ao que se esperava* de uma "instituição nacional de direitos humanos": um órgão nacional *público*, porém *independente*, com membros com mandato estável e representando todos os segmentos sociais, sem vinculação hierárquica ao Poder Executivo e capaz de *apontar* os rumos de uma proteção mais adequada e eficaz dos direitos humanos em seu território.

Na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993, houve expressa recomendação aos Estados para que criassem uma "instituição nacional de direitos humanos".

17.2. OS PRINCÍPIOS DE PARIS

O primeiro *Workshop* Internacional de Instituições Nacionais para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos realizou-se em *Paris*, em outubro de 1991. As suas conclusões foram aprovadas pela Comissão de Direitos Humanos (atual Conselho de Direitos Humanos da ONU) na Resolução n. 1992/54 contendo os Princípios relativos ao estatuto das instituições nacionais, a partir de então denominados "Princípios de Paris", em homenagem ao *workshop* de 1991. Mais tarde, a Assembleia Geral da ONU aprovou tais princípios em sua Resolução n. 48/134, de 20 de dezembro de 1993, também recomendando a criação, em cada Estado, de uma *instituição nacional de direitos humanos* (INDH).

Os "Princípios de Paris" determinam que uma *instituição nacional de direitos humanos* deva ser um órgão público competente para promover e proteger os direitos humanos, estando previsto na Constituição ou em lei, agindo com *independência* nas seguintes atribuições: a) apresentar ao Governo, Parlamento, ou outro órgão competente, em caráter consultivo, opiniões recomendações, propostas e relatórios; b) promover e assegurar a harmonização entre preceitos nacionais e internacionais de direitos humanos, e sua efetiva implementação; c) encorajar a ratificação de instrumentos internacionais de direitos humanos e assegurar sua implementação; d) contribuir para os relatórios que os Estados têm de elaborar de acordo com os tratados de direitos humanos; e) cooperar com a ONU e seus órgãos, bem assim com instituições regionais e nacionais, com atuação em direitos humanos; f) assistir na formulação

de programas para o ensino e a pesquisa em direitos humanos, e participar de sua execução em escolas, universidades e círculos profissionais; g) dar publicidade aos direitos humanos e aos esforços de combater todas as formas de discriminação, em particular de discriminação racial, aumentando a conscientização pública, especialmente por meio da educação e de órgãos da imprensa.

Trata-se de uma *instituição pública* (o INDH *não é* uma organização não governamental), porém *independente*, não podendo ser comandada pelo Governo ou ter maioria de votos de representantes vinculados à hierarquia governista (representantes de ministérios etc.). A instituição nacional deve ter *representação pluralista* de todas as forças da sociedade envolvidas na promoção e proteção dos direitos humanos, bem como uma infraestrutura que permita a condução das atividades de modo harmonioso, em especial com recursos adequados (com pessoal e ambiente de trabalho próprios, com *independência do Governo*), com mandato por prazo determinado, podendo haver recondução, mas desde que seja respeitado o pluralismo na instituição.

Em resumo, deve ser uma instituição *pública,* de alcance *nacional,* com mandato *claro* e *independente*, com forte *representatividade social* e *autonomia política*, dotada de *orçamento próprio*, apta a atuar na prevenção e também nos casos de violação de direitos humanos sem ser constrangida, impedida ou ameaçada nessa atuação.

Caso cumpra esses requisitos de *ser ao mesmo tempo um órgão público, independente, plural* e de *atuação livre,* a instituição nacional pode pleitear seu credenciamento perante a Organização das Nações Unidas.

17.3. A INSTITUIÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E A ONU

O Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações Unidas patrocina as atividades de interação e diálogo entre as instituições nacionais de direitos humanos no chamado Comitê Internacional de Coordenação das Instituições Nacionais de Direitos Humanos (*International Coordinating Committe of National Human Rights Institutions* – ICC-NHI), com sede em Genebra (também sede do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU).

O ICC foi estabelecido em 1993, em Conferência realizada na Tunísia entre as próprias Instituições Nacionais de Direitos Humanos. O objetivo principal era estabelecer uma rede entre as instituições nacionais para troca de "boas práticas", obtendo também o aumento da divulgação das iniciativas para consolidar os avanços da proteção de direitos humanos em cada país. Em 1998, o ICC decidiu criar um procedimento para credenciamento de novos membros e em 2008 houve a integração do ICC ao sistema internacional de direitos humanos, sob os auspícios do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, bem como sua formalização legal e sede na Suíça (Genebra). Assim, a coordenação do ICC tem como objetivo a *troca de experiência, capacitação e estímulo ao aprofundamento da proteção de direitos humanos nos Estados*.

Para que as Instituições Nacionais de Direitos Humanos participem dessa parceria com o Alto Comissariado, elas devem ser aprovadas pelo Subcomitê de Credenciamento (*Sub-Committee on Accreditation – SCA*), que analisará o cumprimento dos "Princípios de Paris".

Também cabe lembrar que há categorias de credenciamento como membros do ICC, cujo topo é a Categoria “A”, que representa o pleno preenchimento dos Princípios de Paris.

Porém, cabe aqui uma ressalva. Paralelamente a esse esforço em padronizar minimamente o que vem a ser uma “instituição nacional de direitos humanos”, a Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, realizada em Viena em 1993, decidiu que cada Estado pode ter singularidades que justifiquem formatos diferenciados. Assim, os *Princípios de Paris* acima elencados não são invocados de modo absoluto sem levar em consideração as peculiaridades de cada Estado. Basta um olhar sobre as instituições nacionais credenciadas *hoje* para verificar que elas assumem formas distintas (Comissões Nacionais de Direitos Humanos, *Ombusdman*, *Defensoría del Pueblo*, Provedor de Justiça, Procuradoria de Direitos Humanos etc.).

Não há uma abordagem monolítica, mas, ao contrário, várias opções possíveis para a implementação dos Princípios de Paris, desde a adoção de “Conselhos” a “Procuradorias unipessoais”, o que permite que vários tipos de Instituições Nacionais de Direitos Humanos *convivam harmonicamente* no ICC. O que as une é a independência diante do governo, com mandato protegido, livre atuação, forte representatividade social e autonomia na realização de seus objetivos de proteção de direitos humanos. Por exemplo, a Guatemala possui seu *Procurador de los Derechos Humanos*; El Salvador conta com o *Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos*; México possui a *Comisión Nacional de Derechos Humanos*; Polônia possui ainda um *Protetor de Direitos Civis* e há o *Ombusdman* de Direitos Humanos da Eslovênia, sem contar os *Defensores del Pueblo* da Espanha, Argentina e Peru, ou o *Provedor de Justiça* de Portugal e o *Ombudsman* da Finlândia.

17.4. O BRASIL E A INSTITUIÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

O III Programa Nacional de Direitos Humanos aprovado pelo Decreto n. 7.037/2009 assumiu o interesse do Estado brasileiro e da sociedade civil organizada na criação de um “Conselho Nacional dos Direitos Humanos”, informado pelos Princípios de Paris, a fim de ser credenciado junto ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, como “instituição nacional brasileira” (III PNDH. Eixo: Interação democrática e sociedade civil. Ação programática “a” do Objetivo estratégico n. 1).

No PNDH-2, o foco era diferente, tendo sido estabelecido, no item “Garantia do direito à Justiça”, entre outras tantas estratégias, as seguintes: “3. Apoiar a criação de promotorias de direitos humanos no âmbito do Ministério Público. 4. Apoiar a atuação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão no âmbito da União e dos Estados”. Esse apoio ao fortalecimento do Ministério Público na área dos direitos humanos tinha razão de ser: a configuração constitucional do Ministério Público brasileiro (por não ser vinculado ao Poder Executivo) e sua autonomia financeira e orçamentária *aproximavam sua atuação do modelo* estabelecido pelos *Princípios de Paris*.

Com o PNDH-3, busca-se o caminho da criação de um “Conselho Nacional dos Direitos Humanos” que substituirá o CDDPH (visto acima), uma vez que este *não* atende aos comandos dos “Princípios de Paris”, em especial quanto à atuação livre e independente: o Presidente do

CDDPH é o próprio Secretário de Direitos Humanos, que possui *status* de Ministro de Estado, ou seja, é cargo de confiança do Presidente, podendo ser destituído a qualquer momento e sem qualquer motivação.

O novo "Conselho Nacional de Direitos Humanos" que atenda aos Princípios de Paris *terá um papel diferente* dos atuais "Conselhos e Comissões de Direitos Humanos" existentes hoje.

Os mais diversos Conselhos analisados acima são exemplos de *Conselhos de Políticas Públicas de Direitos Humanos,* com representação aberta à sociedade civil e voltados à *elaboração e coordenação* das políticas de direitos humanos. Nesses Conselhos, o governo participa, *ativamente*, do processo decisório, pois seu envolvimento é indispensável para fazer valer a posição dos referidos conselhos no cotidiano da Administração Pública. Representam um *modo de cogestão*, tendo em comum o exercício do *controle social* da implementação dos direitos em sua área de preocupação (mulheres, pessoas com deficiência, LGBT etc.).

O formato pretendido pelos "Princípios de Paris" é *distinto*: o governo é mero observador da atuação independente e imparcial da *instituição nacional de direitos humanos* (INDH). Os Ministros de Estado e demais órgãos submetidos ao poder hierárquico do Poder Executivo podem ter *direito à voz*, mas não teriam direito a voto na INDH. O papel de uma INDH é fiscalizar, cobrar e, com base na sua imparcialidade e representatividade social, exigir a reparação das violações de direitos identificadas e correção das políticas públicas em prol dos direitos humanos.

Um caminho para a criação de uma verdadeira INDH no Brasil seria a transformação do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) em um *Conselho Nacional dos Direitos Humanos*. O Projeto de Lei n. 4.715, de 1994, da Câmara dos Deputados tinha tal intento. Esse projeto sofreu alteração no Senado Federal e não há previsão de aprovação.

Em agosto de 2008 foi constituída, no âmbito do CDDPH, uma Comissão Especial com o objetivo de "implementar providências conducentes ao reconhecimento do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana como Instituição Nacional Brasileira creditada junto ao Alto Comissariado de Direitos Humanos". O maior desafio para a aprovação deste Conselho é sua obediência aos "Princípios de Paris", o que implicaria *perda de poder* dos representantes do governo no futuro Conselho.

QUADRO SINÓTICO

O futuro: a criação de uma instituição nacional de direitos humanos, com a observância dos "Princípios de Paris"	
O conceito de instituição nacional de direitos humanos e os Princípios de Paris	• Instituições nacionais de direitos humanos (INDH): órgãos públicos que agem com independência, com a missão específica de proteger os direitos humanos, recebendo notícias de violações, recomendando ações e políticas de implementação de direitos. • A INDH deve ser uma instituição pública (não é uma organização não governamental), de alcance nacional, com mandato claro e independente, com forte representatividade social e autonomia política, dotada de orçamento próprio, apta a atuar nos casos de violação de direitos humanos sem ser constrangida, impedida ou ameaçada nessa atuação. • Origem: • 1946: as INDH foram discutidas pela primeira vez pelo Conselho Econômico e Social, e os Estados-membros foram convidados a estabelecer grupos de informação ou comitês locais para colaborarem no reforço da atividade da então existente Comissão dos Direitos Humanos; • 1991 (Paris): primeiro Workshop Internacional de Instituições Nacionais para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos. Conclusões foram aprovadas pela Comissão de Direitos Humanos na Resolução n. 1.992/54, contendo os "Princípios de Paris"; • 1993: Assembleia Geral da ONU aprovou tais princípios na Resolução n. 48/134, também recomendando a criação, em cada Estado, de INDH; • 1993 – Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993: houve expressa recomendação aos Estados para que criassem uma INDH. • "Princípios de Paris": determinam que uma INDH deva ser um órgão público competente para promover e proteger os direitos humanos, estando previsto na Constituição ou em lei, agindo com independência nas seguintes atribuições: a) apresentar ao Governo, Parlamento, ou outro órgão competente, em caráter consultivo, opiniões recomendações, propostas e relatórios; b) promover e assegurar a harmonização entre preceitos nacionais e internacionais de direitos humanos, e sua efetiva implementação;

O conceito de instituição nacional de direitos humanos e os Princípios de Paris	c) encorajar a ratificação de instrumentos internacionais de direitos humanos e assegurar sua implementação; d) contribuir para os relatórios que os Estados têm de elaborar de acordo com os tratados de direitos humanos; e) cooperar com a ONU e seus órgãos, bem assim com instituições regionais e nacionais, com atuação em direitos humanos; f) assistir na formulação de programas para o ensino e a pesquisa em direitos humanos, e participar de sua execução em escolas, universidades e círculos profissionais; g) dar publicidade aos direitos humanos e aos esforços de combater todas as formas de discriminação, em particular de discriminação racial, aumentando a conscientização pública, especialmente por meio da educação e de órgãos da imprensa. • Cumpridos os requisitos de ser órgão público, independente, plural e de atuação livre, a instituição nacional pode pleitear seu credenciamento perante a ONU. • O Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio do Comitê Internacional de Coordenação das Instituições Nacionais de Direitos Humanos (International Coordinating Committe of National Human Rights Institutions – ICC-NHI), patrocina as atividades de interação e diálogo entre as instituições nacionais de direitos humanos. • Coordenação do ICC: tem como objetivo a troca de experiência, capacitação e estímulo ao aprofundamento da proteção de direitos humanos nos Estados. • Para que as INDH participem dessa parceria, devem ser aprovadas pelo Subcomitê de Credenciamento, que analisará o cumprimento dos "Princípios de Paris" . • Os Princípios de Paris não são invocados de modo absoluto sem levar em consideração as peculiaridades de cada Estado.

O Brasil e a instituição nacional de direitos humanos	• PNDH-3 (aprovado pelo Decreto n. 7.037/2009): assumiu o interesse do Estado brasileiro e da sociedade civil organizada na criação de um "Conselho Nacional dos Direitos Humanos", informado pelos princípios de Paris, a fim de ser credenciado junto ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, como "instituição nacional brasileira". • O CDDPH (Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana) não atende aos comandos dos "Princípios de Paris", em especial quanto à atuação livre e independente. No formato pretendido pelos Princípios, o governo é mero observador da atuação independente e imparcial da instituição nacional de direitos humanos (INDH), já que o papel de uma INDH é fiscalizar, cobrar e, com base na sua imparcialidade e representatividade social, exigir a reparação das violações de direitos identificadas e correção das políticas públicas em prol dos direitos humanos. • O Brasil enfrenta o desafio de criar um Conselho nos moldes pretendidos pelos "Princípios de Paris".

1 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Vírgilio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-144, em especial p. 123.

2 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

3 Fique registrado que poderíamos utilizar o termo "tratado" tão somente e não "tratado internacional". Porém, como a própria Constituição utiliza "tratado internacional", utilizaremos o termo indistintamente.

4 Ratificada e incorporada internamente no Brasil em 2009.

5 PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 71.

6 MELLO, Celso A. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-33, em especial p. 25.

7 CANÇADO TRINDADE, A. A. A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça,* 182, 1993, p. 27-54.

8 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 179.

9 PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77.

10 Ver também a Súmula Vinculante 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

11 Para usarmos a feliz expressão de Walter Rothenburg. Ver ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características, *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política,* n. 29, out./dez. 1999, p. 62.

12 Supremo Tribunal Federal, ADI 595/ES, Relator Celso de Mello, 2002. Decisão publicada no *DJU* de 26-2-2002. Também disponível no Informativo n. 258 do STF.

13 Supremo Tribunal Federal, ADI 2.649, voto da Ministra Cármen Lúcia, 2008, atualizando o entendimento anterior, de ausência de força vinculante do Preâmbulo, visto na ADI 2.076-AC de 2002.

14 Voto concordante do juiz *ad hoc* Roberto Caldas, Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, julgamento de 24-11-2010.

15 Decreto n. 4.316, de 30 de julho de 2002.

16 Apenas em 12 de junho de 2003 (quase um ano depois) houve a internalização do referido ato, por meio da edição de Decreto n. 4.738/2003.

17 Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007.

18 Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

19 Decreto Legislativo n. 311, publicado no DSF de 17 de junho de 2009. Aprova o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução n. 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no seu art. 2º.

20 Sobre a interpretação internacionalista dos tratados, em contraposição à interpretação nacionalista (que cria os "tratados internacionais nacionais") ver minha obra: *Processo internacional de direitos humanos.* 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

21 CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 192 e s.

22 A *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados* estabelece em seu art. 27 que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46". Ainda, estipula o art. 29 que um tratado, em geral, é aplicável em todo o território de um Estado, o que também é válido para os Estados Federais.

23 IDC 2/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, julgamento em 27-10-2010, *DJe* de 22-11-2010.

24 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

25 CAZETTA, Ubiratan. *Direitos humanos e federalismo*: o incidente de deslocamento de competência. São Paulo: Atlas, 2009.

26 LC n. 80/94 - Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos (introduzido pela LC n. 132/2009).

PARTE IV

OS DIREITOS E GARANTIAS EM ESPÉCIE

1. Aspectos gerais

Esta parte deste livro visa abordar os principais aspectos discutidos na doutrina e na jurisprudência sobre determinados *direitos e garantias fundamentais*, focando, em especial, na Constituição de 1988.

Nesse sentido, cabe recordar que, *grosso modo*, os direitos são dispositivos normativos que atribuem a alguém a titularidade de um bem jurídico qualquer. Já as garantias fundamentais constituem-se também em direitos, mas que são voltados a assegurar a fruição dos bens jurídicos.

Há as *garantias fundamentais gerais ou genéricas*, que acompanham a redação dos direitos, proibindo abusos e outras formas de vulneração, como, por exemplo, a proibição da censura que assegura a liberdade de expressão. Há ainda as *garantias específicas*, que consistem em *instrumentos processuais* que tutelam os direitos e liberdades fundamentais, como o *habeas corpus,* mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data,* ação popular e ação civil pública. Essas garantias também são chamadas de *garantias fundamentais instrumentais.*

As *garantias institucionais* consistem em estruturas institucionais públicas (por exemplo, o Ministério Público e a Defensoria Pública) e privadas (por exemplo, liberdade de imprensa) imprescindíveis à plena efetividade dos direitos humanos. Já as *garantias limite* são direitos que exigem *abstenção* ou um *não fazer* do Estado, como, por exemplo, o direito de não sofrer tratamento desumano ou degradante, não sofrer embaraço à liberdade de exercício profissional sem lei adequada que assim o diga etc.

2. Destinatários da proteção e sujeitos passivos

Os direitos humanos, por definição, são direitos de todos os indivíduos, não importando origem, religião, grupo social ou político, orientação sexual e qualquer outro fator. Esse é o sentido do art. 5º da CF/88, que prevê que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Apesar dessa afirmação geral, que consagra a *igualdade* entre todos os seres humanos, destinatários da proteção de direitos humanos, há ainda direitos referentes a determinada faceta da vida social que são titularizados somente por determinadas categorias de pessoas. Por exemplo, a Constituição de 1988 elenca direitos referentes às mulheres, aos idosos, aos povos indígenas, aos presos, aos condenados, aos cidadãos, aposentados, aos necessitados, entre outros. A igualdade é respeitada, pois esses *direitos específicos visam atender situações especiais voltadas a tais categorias*, consagrando a máxima de "tratar desigualmente os desiguais" como forma de se obter a igualdade material de todos.

Na jurisprudência brasileira, foi controvertida a extensão dos direitos previstos na Constituição a *estrangeiros não residentes.* A origem da polêmica está na redação do art. 5º, *caput,* da CF/88, que garante "aos brasileiros e estrangeiros residentes" os direitos elencados

no rol desse artigo. A redação da Constituição reproduz a tradição constitucional brasileira desde a Constituição de 1891, com apego ao termo "estrangeiro residente".

Porém, os direitos previstos na Constituição são estendidos aos estrangeiros não residentes, uma vez que ela própria defende a *dignidade humana* (art. 1º, III) e ainda prevê os *direitos decorrentes* dos tratados celebrados pelo Brasil (art. 5º, §§ 2º e 3º). Nesse sentido, decidiu o STF que "ao estrangeiro, residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, como decorre da interpretação sistemática dos arts. 153, *caput*, da Emenda Constitucional de 1969 e do 5º, LXIX, da Constituição atual" (RE 215.267, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-4-2001, Primeira Turma, *DJ* de 25-5-2001). No mesmo sentido, decidiu o STF que "a condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso País não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes" (HC 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 27-2-2009).

Entendemos, nessa linha, que *não pode* o estrangeiro não residente sofrer discriminação na *matrícula na educação básica obrigatória e gratuita* dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade (art. 208, I) ou na *prestação de saúde pública*, que, conforme o texto constitucional, é universal e gratuita (art. 196), bem como na *assistência jurídica integral gratuita*.

A segunda polêmica referente aos destinatários da proteção está na possibilidade de *pessoa jurídica de direito privado* ser titular de direitos fundamentais. A resposta da jurisprudência é positiva, desde que o direito invocado tenha *pertinência temática* com a natureza da pessoa jurídica. Por exemplo, as pessoas jurídicas têm direito à imagem e a honra objetiva, acesso à justiça e até mesmo assistência jurídica gratuita. Nesse último caso, contudo, cabe à pessoa jurídica provar e não somente alegar a insuficiência de recursos. Nesse sentido decidiu o STF que "ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo" (Rcl 1.905-ED-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-8-2002, Plenário, *DJ* de 20-9-2002). No campo tributário, as pessoas jurídicas têm direito ao tratamento tributário constitucional, inclusive quanto à anterioridade tributária que o STF considerou parte integrante dos direitos e garantias individuais, ou ainda ao sigilo fiscal (que, na visão do STF, decorre do direito à intimidade). Há ainda direitos que são titularizados especificamente pelas pessoas jurídicas de direito privado, como as associações, que são mencionadas nos incisos XVII a XXI do art. 5º, ou os sindicatos no disposto do art. 8º e os partidos políticos no art. 17.

Também a *pessoa jurídica de direito público* pode utilizar as garantias fundamentais para sua proteção. Nesse sentido, decidiu o STF: "Não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de impetração das ações constitucionais cabíveis para sua proteção. Se considerarmos o entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão

legislativa do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa para propor ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos” (MI 725, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10-5-2007, Plenário, *DJ* de 21-9-2007).

São ainda destinatários da proteção de direitos humanos os *entes despersonalizados*, que podem invocar determinados direitos pertinentes com sua situação (por exemplo, acesso à justiça) como as sociedades de fato, condomínio, espólio, massa falida e o nascituro.

Quanto aos *sujeitos passivos*, o Estado é, em geral, o responsável pelo cumprimento dos direitos humanos, de todas as gerações ou dimensões. Entretanto, há ainda a invocação dos direitos humanos em face de particulares (como já estudado, também denominado *drittwirkung*) e ainda em face da sociedade. A Constituição de 1988 expressamente menciona a *família* no polo passivo do direito à educação (art. 205), além do Estado, a *sociedade* no polo passivo do direito à seguridade (art. 195) e a *coletividade*, no polo passivo do direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225).

3. Direito à vida

Dispõe a Constituição de 1988:

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do* ***direito à vida****, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

3.1. ASPECTOS GERAIS

Dispõe o art. 5º, *caput,* que é garantida a “inviolabilidade do direito à vida”. Vida é o estado em que se encontra determinado ser animado. Seu oposto, a morte, consiste no fim das funções vitais de um organismo.

O direito à vida engloba diferentes facetas, que vão desde o direito de nascer, de permanecer vivo e de defender a própria vida e, com discussões cada vez mais agudas em virtude do avanço da medicina, sobre o ato de obstar o nascimento do feto, decidir sobre embriões congelados e ainda optar sobre a própria morte. Tais discussões envolvem aborto, pesquisas científicas, suicídio assistido e eutanásia, suscitando a necessidade de dividir a proteção à vida em dois planos: a *dimensão vertical* e a *dimensão horizontal*.

A dimensão vertical envolve a proteção da vida nas diferentes fases do desenvolvimento humano (da fecundação à morte). Algumas definições sobre o direito à vida refletem esta dimensão, pois este direito consistiria no “direito a não interrupção dos processos vitais do titular mediante intervenção de terceiros e, principalmente, das autoridades estatais”[1].

A dimensão horizontal engloba a qualidade da vida fruída. Esta dimensão horizontal resulta na proteção do direito à saúde, educação, prestações de seguridade social e até mesmo meio ambiente equilibrado, para assegurar o *direito à vida digna*.

Para o Estado, a “inviolabilidade do direito à vida” resulta em três obrigações: (i) a

obrigação de respeito; (ii) a obrigação de garantia; e (iii) a obrigação de tutela:

• A obrigação de respeito consiste no dever dos agentes estatais em não violar, arbitrariamente, a vida de outrem.

• A obrigação de garantia consiste no dever de prevenção da violação da vida por parte de terceiros e eventual punição àqueles que arbitrariamente violam a vida de outrem.

• A obrigação de tutela implica o dever do Estado de assegurar uma vida *digna,* garantindo condições materiais mínimas de sobrevivência.

3.2. INÍCIO: A CONCEPÇÃO, O EMBRIÃO *IN VITRO* E A PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA

A Constitição de 1988 não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Porém, a mera menção ao direito à vida implica proteção aos que ainda não nasceram (embriões e fetos), visto que, sem tal proteção, a vida sequer poderia existir. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos é mais detalhada, determinando que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser *protegido pela lei* e, *em geral*, desde o momento da *concepção*. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

Assim, o direito à vida estabelecido na Constituição e nos tratados exige que o Estado proteja, por lei, os *embriões ainda não implantados* no útero (gerados *in vitro)* e a *vida intrauterina.* Para o STF, a "potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica (...) O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum" (Voto do Min. Ayres Britto, ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, *DJE* de 28-5-2010).

Pelo que consta do artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a regra é a proteção da vida *desde a concepção* ("em geral"). Logo, a lei nacional que quebrar essa proteção deve sofrer o crivo da proporcionalidade, verificando-se o equilíbrio entre o custo (vulneração da vida) e o benefício dos valores constitucionais eventualmente protegidos. Porém, abre-se espaço para que seja exercitada, pela lei, a ponderação, entre vários bens que podem estar em colisão com o direito à vida, que levaram, por exemplo, a *permissão do aborto* em algumas hipóteses pelo Código Penal brasileiro (lei ordinária).

O aborto é a *interrupção da gravidez antes do seu termo normal*, com ou sem a expulsão do feto, podendo ser espontâneo ou provocado. Há intensa discussão sobre o início da proteção do direito à vida. Podemos identificar as seguintes correntes a respeito do início da proteção jurídica da vida: a) desde a concepção; b) desde a nidação, com ligação do feto à parede do útero; c) desde a formação das características individuais do feto, em especial o tubo neural; d) desde a viabilidade da vida extrauterina; e) desde o nascimento.

No campo cível, a partir da concepção, o Código Civil preserva os direitos do nascituro. O art. 2º do Código Civil determina que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Além disso, o nascituro pode receber doações (art. 542 do CC), constar de testamento (art.

1.799 do CC), ser adotado (art. 1.621 do CC). Pode, inclusive, acionar o Poder Judiciário, sendo titular do direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV).

No campo penal, a tutela infraconstitucional atual indica que o momento aceito para o início da proteção penal da vida é o da nidação; a partir da *nidação*, o aborto passa a ser regido pelos arts. 124 a 127 do CP. No tocante à utilização do *medicamento anticoncepção de emergência*, a popular "pílula do dia seguinte", as Normas Técnicas de Planejamento Familiar do Ministério da Saúde, que o recomendam desde 1996, esclarecem que seu uso é tido como "não abortivo", pois seus componentes atuam impedindo a fecundação e sempre antes da implantação na parede do útero. De acordo com o Ministério da Saúde, a pílula não atua após a fecundação e não provoca a perda do embrião caso ele já tenha aderido à parede do útero.

Contudo, a lei permite que não seja punido o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante (*aborto necessário*), bem como é lícito o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, desde que haja consentimento da gestante ou, se incapaz, do seu representante legal (*aborto sentimental*). Essas exceções são aplicadas cotidianamente na jurisprudência brasileira, não tendo repercussão qualquer tese de eventual não recepção desses dispositivos em face da proteção constitucional da vida. Fica demonstrado, conforme o voto da Min. Cármen Lúcia, na ADI 3.510, que *há limites à proteção jurídica da vida*, ponderando-a em face de outros valores (a vida da mãe ou sua liberdade sexual). Nas palavras da Ministra: "Todo princípio de direito haverá de ser interpretado e aplicado de forma ponderada segundo os termos postos no sistema. (...) Mesmo o direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado com a observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se põem para a perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional. Tanto é assim que o ordenamento jurídico brasileiro comporta, desde 1940, a *figura lícita do aborto* nos casos em que seja necessário o procedimento para garantir a sobrevivência da gestante e quando decorrer de estupro (art. 128, incs. I e II, do Código Penal)" (Voto da Ministra Cármen Lúcia, ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, *DJE* de 28-5-2010, grifo nosso).

Em 2004, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, que requereu, ao STF, a interpretação conforme a Constituição do Código Penal para excluir a incidência de crime no caso de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, que foi denominada como antecipação terapêutica do parto. A dignidade humana e a proteção da integridade psíquica da mãe, bem como a proteção à maternidade e o direito à saúde foram os fundamentos da Arguição. O STF, oito anos depois, em 2012, decidiu que a *antecipação terapêutica do parto* em casos de gravidez de feto anencéfalo, desde que com diagnóstico médico, não é caso de aborto (cujas hipóteses de licitude são excepcionais), pois não haverá vida extrauterina. Assim, a gestante, caso queira, pode solicitar a antecipação terapêutica do parto, sem permissão específica do Estado (alvará judicial de juiz criminal, por exemplo) (ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11-4-12).

Ponto importante para o debate é se seria possível a despenalização *completa* do aborto no Brasil, ponderando-se o direito à vida do feto com os direitos reprodutivos da mulher. Esse debate divide a doutrina, pois poderia existir violação do dever de proteção à vida, e, consequentemente, violação da cláusula pétrea no Brasil. Na ADI 3.510, o voto do Min.

Carlos Britto sustentando que a vida intrauterina depende da proteção *infraconstitucional* (o que permitiria a alteração da lei penal) foi *contrastado* pela manifestação de outros Ministros de que o caso da pesquisa de célula-tronco *não teria* nenhuma relação com o aborto.

Isso demonstra que o STF deixou a questão em aberto, para apreciar no futuro caso algum dia o Congresso Nacional venha a adotar lei que descriminalize o aborto, imitando outros países do mundo.

3.3. TÉRMINO DA VIDA: A EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA, DIASTANÁSIA E O SUICÍDIO

Da mesma maneira que o início da vida, o término da vida não possui previsão constitucional. Coube ao Código Civil estabelecer, sucintamente, que a existência da pessoa natural termina com a morte (art. 6º). Além disso, a Lei n. 9.434/97 (Lei dos Transplantes) optou pelo critério da "morte encefálica" para que seja atestado o término das funções vitais do organismo humano e, com isso, autorizada a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento (art. 3º).

O dever do Estado de proteger a vida levou várias legislações no mundo a combaterem a *eutanásia* e a *assistência ao suicídio,* o que implica a negação de um *direito à própria morte.* Consequentemente, impedir um suicídio não seria um ato ilícito. Contudo, como esclarece Rey Martinez, *há já casos de descriminalização* (sob certas condições) da eutanásia na Holanda e Bélgica, bem como de suicídio assistido lícito no Oregon (Estados Unidos), mostrando *que não há consenso* nos Estados constitucionais sobre o tema[2].

A eutanásia *consiste em ato de término da vida de doente terminal para abreviar a agonia e os sofrimentos prolongados*. No Brasil, a prática da eutanásia consiste em *crime* previsto no art. 121, § 1º (homicídio privilegiado, em face do relevante valor moral na conduta do agente, *morte doce,* homicídio por piedade). O consentimento do paciente é juridicamente irrelevante. A depender do caso e da conduta da própria vítima, pode configurar auxílio ao suicídio.

A *ortotanásia* (morte justa ou morte digna) consiste, com anuência do paciente terminal, na *ausência de prolongamento artificial da vida* pela desistência médica do uso de aparelhos ou outras terapias, evitando sofrimento desnecessário. Há aqueles que denominam a ortotanásia de *eutanásia passiva ou indireta*, mas não há proximidade com a eutanásia. A ortotanásia consiste na *desistência*, pelo médico, do uso de medicamentos e terapias, pois não há esperança de reversão do quadro clínico nos pacientes terminais. Ocorre a suspensão de aplicação de processos artificiais médicos, que resultariam apenas em uma morte mais lenta e mais sofrida, mas o que mata o paciente é a doença e não o médico. Diferentemente da eutanásia, a ortotanásia deixa de manter a vida por modo artificial, para evitar prolongar a dor em um quadro clínico irreversível. O oposto da ortotanásia é a *distanásia*, que consiste na prática de prorrogar, por quaisquer meios, a vida de um paciente incurável, mesmo em quadro de agonia e dor, o que é denominado também "obstinação terapêutica".

A ortotanásia é regulada pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.805/2006, que dispõe que, sendo o quadro irreversível, e caso assim o paciente o deseje, o médico está *autorizado a não lançar mão* de cuidados terapêuticos que apenas terão o condão

de causar dor adicional ao paciente. O Ministério Público Federal do Distrito Federal, em 2006, ajuizou ação civil pública impugnando a Resolução n. 1.805, alegando sua inconstitucionalidade e ilegalidade. Em 2010, com base na manifestação de nova Procuradora da República responsável pelo caso, o MPF reavaliou o caso e entendeu que a *ortotanásia não é vedada pelo ordenamento jurídico*. A sentença foi de improcedência, utilizando, em sua fundamentação, a nova posição do *Parquet* atuante no caso (Ação Civil Pública, Autos n. 2007.34.00.014809-3, Distrito Federal). O Senado Federal aprovou o Projeto de Lei n. 6.715/2009, que exclui do tipo penal do homicídio a *ortotanásia* , eliminando qualquer dúvida. O projeto encontra-se em trâmite perante a Câmara dos Deputados.

Quanto ao suicídio assistido, o Código Penal considera crime *induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça, desde que o suicídio se consume ou da tentativa resultar lesão corporal* (CP, art. 122).

3.4. PENA DE MORTE

3.4.1. As fases rumo ao banimento da pena de morte

A pena de morte é expressamente vedada pela Constituição de 1988, salvo em caso de guerra declarada ("art. 5º, XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada"). É necessário que o Código Penal Militar (CPM) prescreva tal pena, existente hoje em *vários crimes* a partir do art. 356 (entre outros, os crimes de *deserção, traição à pátria, dano especial, inobservância do dever militar, motim, espionagem,* entre outros). A pena de morte no Brasil é executada por fuzilamento (art. 56 do CPM). Caso a pena seja imposta em zona de operações de guerra, pode ser imediatamente executada, quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares (art. 57). Mesmo emenda constitucional não poderia tornar possível a pena de morte em outros casos fora do contexto de guerra declarada, pois o direito à vida é cláusula pétrea.

No mundo, a pena de morte caminha para seu completo desaparecimento. De acordo com a Organização das Nações Unidas, há poucos países que preveem a pena capital para crimes comuns em situação regular. Há alguns Estados, como o Brasil, que a admitem em caso de guerra declarada, mas essa excepcionalidade reafirma a proibição da pena de morte em geral. Mesmo para crimes bárbaros *a pena de morte não é prevista* nos últimos tratados internacionais penais, como se vê no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), cuja pena máxima é a de prisão perpétua. Esta tendência é fruto dos inegáveis malefícios da pena de morte, uma vez que não admite a reparação do erro judiciário, como é óbvio, além de outras mazelas, como a assunção da impossibilidade de ressocialização, a banalização da vida em um "assassinato oficial", entre outras.

Há três fases da regulação jurídica da pena de morte. A *primeira fase* é a da *convivência tutelada,* na qual a pena de morte era tolerada, porém com estrito regramento. A imposição ordinária da pena de morte em vários países e, em especial, em alguns considerados berços da proteção aos direitos humanos, como a Inglaterra e Estados Unidos, não permitiu que fosse incluída nos textos iniciais de proteção internacional dos direitos humanos a completa proibição de tal pena.

Apesar disso, a proteção à vida exigiu, ao menos, que constasse dos textos dos primeiros tratados de direitos humanos explícita regulação *restritiva* da pena de morte. O art. 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos possui 5 parágrafos que tratam exclusivamente da restrição à imposição da pena de morte. No mesmo sentido, devem ser mencionadas as Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos, que também possuem regulação impondo limites ao uso da pena capital pelos Estados.

Esses limites são os seguintes:

1) Natureza do crime. Só crimes graves e comuns podem prever pena de morte, impedindo-se sua banalização e aplicação a crime político ou comuns conexos a delito político.

2) Vedação da ampliação. Os países contratantes não podem ampliar a aplicação da pena a outros delitos após a ratificação desses tratados.

3) Devido processo legal penal. Exige-se rigoroso crivo judiciário para sua aplicação, devendo o Estado prever o direito à solicitação de anistia, indulto ou comutação da pena, vedando-se a aplicação da pena enquanto pendente recurso ou solicitação de indulto, anistia ou comutação da pena.

4) Vedações circunstanciais. As citadas normas vedam a aplicação da pena de morte a pessoas que, no momento da comissão do delito, tiverem menos de 18 anos de idade ou mais de 70, ou ainda às mulheres grávidas.

A *segunda fase* do regramento da pena de morte é a do *banimento com exceções,* relacionadas a crimes militares (distantes, então, do cotidiano). O Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é reflexo desta segunda fase, pois vedou a pena de morte estabelecendo em seu art. 1º: "1. Nenhum indivíduo sujeito à jurisdição de um Estado Parte no presente Protocolo será executado. 2. Os Estados Partes devem tomar as medidas adequadas para abolir a pena de morte no âmbito da sua jurisdição". Porém, o art. 2º deste Protocolo admite que o Estado faça reserva formulada no momento da ratificação ou adesão prevendo a aplicação da pena de morte em *tempo de guerra* em virtude de condenação por infração penal de natureza militar de *gravidade extrema* cometida em tempo de guerra[3]. No plano americano, cite-se o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos relativo à Abolição da Pena de Morte que foi adotado em 1990, que também permite, excepcionalmente, a aplicação da pena de morte caso o Estado, no momento de ratificação ou adesão, declare que se reserva o direito de aplicar a pena de morte em *tempo de guerra*, por delitos sumamente graves de caráter militar.

A *terceira* – e tão esperada – fase no regramento jurídico da pena de morte no plano internacional é a do *banimento em qualquer circunstância.* Contudo, o banimento – sem qualquer exceção – da pena de morte, abarcando inclusive os crimes militares, foi somente obtido no plano europeu após a entrada em vigor do Protocolo n. 13 à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Esse protocolo veda sumariamente a imposição da pena de morte, sem exceções e sem permitir qualquer reserva ao seu texto[4]. O Conselho da Europa, organização internacional que gere a prática da Convenção Europeia de Direitos Humanos, instituiu o dia 10 de outubro como o "Dia Europeu contra a Pena de Morte". No plano europeu, há ainda os esforços da União Europeia, cuja Carta de Direitos Fundamentais estabelece, em seu art. 2º,

que “todas as pessoas têm direito à vida. 2. Ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado”, vedando a pena de morte em qualquer circunstância.

No atual momento, as organizações não governamentais de direitos humanos assinalam que *25 países utilizaram a pena de morte regularmente nos últimos anos*. Em 2007, a Anistia Internacional apontou que aproximadamente 3.350 prisioneiros estavam condenados à morte, sendo que as execuções estão concentradas (90%) nos seguintes Estados: China, Estados Unidos, Irã, Iraque, Paquistão e Sudão. Nas Américas, desde 1990 houve progressos e Canadá, México e Paraguai aboliram a pena de morte em situações ordinárias.

3.4.2. O tratamento desumano: o “corredor da morte”

Apesar da não adesão de países como China e Estados Unidos, há crescente zelo internacional sobre a forma de aplicação da pena de morte nos derradeiros Estados que a aplicam. Há repúdio, por exemplo, quanto ao excessivo prazo para que a pena de morte seja aplicada, quanto ao devido processo legal e quanto à exigência de sua imposição.

No tocante à delonga na execução da pena capital, vê-se que os condenados nos Estados Unidos passam anos a fio no chamado “corredor da morte”. Esta espera foi considerada, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, verdadeiro *tratamento desumano*, o que *impede* a extradição para os Estados Unidos (sem que este país prometa comutar a pena) de foragidos detidos nos países europeus, constrangendo todo o sistema de justiça estadunidense. O caso célebre desta proibição de extradição para os Estados Unidos daqueles que poderiam ser submetidos ao “fenômeno do corredor da morte” foi o caso Söering[5], no qual o Reino Unido foi proibido de extraditar o Sr. Söering (assassino fugitivo dos Estados Unidos, que fora preso na Inglaterra) por decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH[6]), sem que houvesse promessa de comutar sua pena capital. O Brasil não extradita também caso não haja expressa promessa do Estado Requerente de não aplicar a pena de morte.

No tocante ao devido processo legal em casos de estrangeiros submetidos à pena capital, há vários questionamentos sobre a ausência da notificação do direito à assistência consular aos estrangeiros presos submetidos à pena de morte. Os Estados Unidos foram seguidamente processados e condenados na Corte Internacional de Justiça, por não cumprir o básico comando do art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que prevê justamente o direito do estrangeiro detido de ser informado do seu direito à assistência do Consulado de seu país (Caso dos Irmãos LaGrand – Alemanha *vs*. Estados Unidos, 2001 e Caso Avena e outros – México *vs*. Estados Unidos, 2004). Tal auxílio consular é essencial, pois sua defesa pode ser prejudicada pelas diferenças de idioma e mesmo jurídicas. Para a Corte Internacional de Justiça, ofende o devido processo legal penal, impedindo a aplicação da pena de morte, a ausência de notificação do direito à assistência consular.

No mesmo sentido, manifestou-se a Corte IDH em sua *Opinião Consultiva n. 16/2003*. Neste feito, o México solicitou opinião consultiva da Corte IDH sobre eventual impacto jurídico do descumprimento da notificação do direito à assistência consular. Como na solicitação da Opinião Consultiva o México havia feito menção a vários casos de mexicanos condenados à *pena de morte* nos Estados Unidos sem a observância do citado direito à informação sobre a assistência consular, a Corte determinou que, nestes casos, há ainda a

violação do art. 4º do Pacto de San José da Costa Rica, que se refere ao direito de não ser privado da vida de modo arbitrário.

Por fim, há o repúdio à aplicação *obrigatória* da pena de morte sem possibilidade de indulto, graça ou anistia. No Caso *Hilaire*, a Corte IDH condenou Trinidad e Tobago, cuja legislação interna previa a pena de morte para *todo* caso de homicídio doloso. No caso, a lei, de 1925, impedia o juiz de considerar circunstâncias específicas do caso na determinação do grau de culpabilidade e individualização da pena (condições pessoais do réu, por exemplo), pois deveria impor a mesma sanção para condutas diversas.

4. O direito à igualdade

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;*

4.1. LIVRES E IGUAIS: A IGUALDADE NA ERA DA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

A igualdade consiste em um *atributo de comparação* do tratamento dado a todos os seres humanos, visando assegurar uma vida digna a todos, sem privilégios odiosos. Consequentemente, o *direito à igualdade* consiste na *exigência de um tratamento sem discriminação odiosa, que assegure a fruição adequada de uma vida digna*.

A busca da igualdade foi o grande marco das Declarações de Direitos das revoluções liberais do século XVIII, que precederam as primeiras Constituições. Nessas Declarações e primeiras Constituições, a igualdade almejada era a *igualdade perante a lei,* que exigia um *tratamento idêntico* para todas as pessoas, submetidas, então, à lei. Essa forma de entender a igualdade não levava a busca da igualdade de condições materiais nem criticava eventuais lacunas da lei (por exemplo, ao permitir a escravidão).

Essa fase foi marcada pela *igualdade jurídica parcial,* que buscava eliminar os privilégios de nascimento (nobreza) e das castas religiosas, mas não afetava outros fatores de tratamento desigual, como, por exemplo, o tratamento dado aos escravos, às mulheres ou aos pobres em geral.

A primeira Declaração de Direitos dessa época, a Declaração de Virgínia, de 12 de junho de 1776, reconheceu que todos os homens são, pela sua natureza, iguais e todos possuem direitos inatos. A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, aprovada no Congresso Continental de 4 de julho de 1776 (data da comemoração da independência dos Estados Unidos), enfatizou que "todos os homens são criados iguais". A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, foi na mesma direção, proclamando que "os homens nascem e são livres e iguais em direitos" (art. 1º). A

Constituição americana de 1787 não contava com um rol de direitos (entendendo-os como de competência dos Estados da Federação), e a igualdade não constou da lista de direitos incluídos nas emendas de 1791. A escravidão nos Estados Unidos só foi completamente abolida após a Guerra de Secessão (1861-1865), conflito no qual morreram quase 620 mil soldados. Em 1868, foi incluído o direito de "igual proteção da lei" a todos (Emenda XIV).

Nessa primeira fase do constitucionalismo, a igualdade perante a lei (isonomia) era considerada já uma ruptura com o passado de absolutismo. Foi necessário, porém, a ascensão do Estado Social de Direito para que a *igualdade efetiva* entre as pessoas fosse também considerada como uma meta do Estado. Essa *igualdade efetiva ou material* busca ir além do reconhecimento da igualdade perante a lei: busca ainda a erradicação da pobreza e de outros fatores de inferiorização que impedem a plena realização das potencialidades do indivíduo. A igualdade, nessa fase, vincula-se à vida digna.

As duas facetas da igualdade (igualdade formal ou perante a lei e igualdade material ou efetiva) são *complementares* e convivem em diversos diplomas normativos no mundo.

Atualmente, o fundamento do direito à igualdade é a *universalidade* dos direitos humanos. A universalidade determina que todos os seres humanos são titulares desses direitos; consequentemente, todos os seres humanos são iguais e devem usufruir das condições que possibilitem a fruição desses direitos. Nessa linha, a igualdade consta do artigo I da Declaração *Universal* dos Direitos Humanos, que dispõe que "todas pessoas nascem *livres e iguais* em *dignidade* e direito".

A universalidade dos direitos humanos é *concretizada* pela *igualdade*. Por exemplo, de que adianta reconhecer que todos têm o mesmo direito ao trabalho e de acesso aos cargos públicos, se as pessoas com deficiência sofrem com as mais diversas barreiras de acesso, ficando alijadas desses mercados? Como reconhecer o direito de acesso à justiça se os mais pobres não têm condições de pagar um advogado?

Na Constituição de 1988, a igualdade tem, inicialmente, a forma de *valor ou princípio maior* assumido pelo Estado brasileiro desde o seu *Preâmbulo*, o qual prega que a igualdade é um dos valores supremos da sociedade fraterna que se pretende a sociedade brasileira. Em seguida, o art. 3º estabelece os diversos *objetivos* do Estado brasileiro voltados à erradicação dos *fatores de desigualdades materiais*, como a pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. Em síntese, traz o artigo 3º o *dever do Estado brasileiro* de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No plano das relações internacionais, o Brasil deve, de acordo com o art. 4º, VIII, pautar sua conduta pelo princípio do "repúdio ao terrorismo e ao *racismo*".

Conforme esses dispositivos, a *defesa da igualdade é um valor* que incumbe ao Estado e também à sociedade. Nesse sentido, decidiu a Min. Cármen Lúcia (STF): "Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)" (ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, *DJE* de 17-10-2008).

Por outro lado, a Constituição de 1988 dispõe que a igualdade é também um *direito fundamental.* O art. 5º, *caput,* prevê que "todos são iguais perante a lei", garantindo-se a inviolabilidade do *direito à igualdade*. Além do *caput,* o art. 5º ainda prevê outros incisos relacionados diretamente com a igualdade, que preveem que: " homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (inciso I); "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (inciso XLI) e "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (inciso XLII).

Como veremos abaixo, a caracterização de uma conduta como sendo de "racismo" acarretará um *estatuto punitivo diferenciado,* composto pela (i) *inafiançabilidade*, (ii) *imprescritibilidade* e (iii) *cominação de pena de reclusão.*

Também no que tange aos *direitos sociais*, prevê o art. 7º a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX) e a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (inciso XXXI).

O direito à igualdade gera o dever de proteção por parte do Estado de *promover a igualdade,* não se conformando com as desigualdades fáticas existentes na sociedade, como veremos abaixo.

4.2. AS DIMENSÕES DA IGUALDADE

Há duas dimensões da igualdade. A primeira dimensão consiste na proibição de discriminação indevida e, por isso, é denominada *vedação da discriminação negativa*. A segunda dimensão trata do *dever de impor* uma determinada discriminação para a obtenção da igualdade efetiva, e por isso é denominada "discriminação positiva" (ou "ação afirmativa").

Na primeira dimensão, concretiza-se a igualdade exigindo-se que as normas jurídicas sejam aplicadas a todos indistintamente, evitando discriminações odiosas. A discriminação odiosa consiste em qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, sexo ou orientação sexual, religião, convicção política, nacionalidade, pertença a grupo social ou outro traço social que *objetiva ou gera o efeito de impedir ou prejudicar* a plena fruição, em igualdade de condições, dos direitos humanos[7].

Na segunda dimensão, concretiza-se a igualdade por meio de normas que *favoreçam* aqueles que estejam em situações de *indevida desvantagem social* (os vulneráveis) ou *imponham um ônus maio*r aos que estejam numa situação de *exagerada vantagem social*. No primeiro caso, atende-se a igualdade com a previsão de existência de reserva de vagas em concursos públicos para as pessoas com deficiência, que possuem imensas desvantagens sociais em relação aos demais (art. 37, VIII da CF/88). Na mesma linha, foi coerente a Constituição de 1988 ao tratar diferentemente as mulheres, favorecendo-as em relação aos homens, como se vê no tempo necessário para aposentadoria (menor para as mulheres, art. 40, § 1º, III, e art. 201, § 7º, I). No segundo caso, atende-se a igualdade com a previsão de existência de "imposto sobre grandes fortunas", que exige dos que tem exagerada vantagem uma contribuição adicional para o Estado (art. 153, VII, da CF/88, que curiosamente até hoje não foi instituído por lei)[8].

Essas duas dimensões são fruto da máxima de Aristóteles, para quem devemos tratar os iguais igualmente e os desiguais, desigualmente. Ou seja, tratar igualmente os que estão em situação desigual (no exemplo acima, as pessoas com deficiência) seria manter a situação de inferioridade, não concretizando nenhuma igualdade[9].

4.3. AS DIVERSAS CATEGORIAS E CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Há várias categorias doutrinárias, de uso inclusive na jurisprudência brasileira, sobre igualdade que valem ser mencionadas[10].

Em primeiro lugar, há a distinção entre igualdade *liberal* e igualdade *social* ou ainda os termos "igualdade formal" e "igualdade material". A *igualdade liberal ou formal* representa a igualdade perante a lei, exigindo a submissão de todos à lei; já a *igualdade social ou material* representa a busca de igualdade material, com distribuição adequada dos bens em toda sociedade.

Recentemente, a *igualdade material* deixou de ser apenas uma *igualdade socioeconômica,* para ser também uma *igualdade de reconhecimento de identidades próprias*, distintas dos agrupamentos hegemônicos. Ficam consagradas, então, as lutas pelo reconhecimento da igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia, entre outros critérios. A lógica do *reconhecimento da identidade* é a constatação de que, mesmo em condições materiais dignas, há grupos cujo fator de identidade os leva a situações de vulnerabilidade, como, no caso do gênero, a situação de violência doméstica que atinge também as mulheres de classes abastadas.

Também é comum a diferenciação entre igualdade *perante* a lei, que consiste na igualdade de *aplicação* da lei, dirigida aos Poderes Executivo e Judiciário, e a igualdade *na* lei*,* que obriga o legislador a formular uma lei que atenda à igualdade.

Também há aqueles que usam os termos "igualdade geral" e "igualdade específica". A igualdade geral seria a igualdade formal; já a igualdade específica seria a igualdade material. Ainda, há o uso da expressão "igualdade de direito ou *de jure"*, que seria a igualdade formal, em contraposição à expressão "igualdade de fato", que seria a igualdade material.

Por fim, a doutrina destaca a separação dos tratamentos discriminatórios entre os que seriam fruto da "discrimination against" e os que seriam oriundos da "discrimination between". A "discrimination against" é aquela que almeja diferenciar com finalidade preconceituosa ou estigmatizante*;* a "discrimination between" é aquela que visa diferenciar para igualar.

Finalmente, John Rawls sustenta a necessidade de implementação da igualdade por meio da *justiça distributiva*, que consiste na atividade de superação das desigualdades fáticas entre os indivíduos, por meio de uma intervenção estatal de realocação dos bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade[11].

4.4. O DEVER DE INCLUSÃO E A DISCRIMINAÇÃO DIRETA E INDIRETA

Em diversas passagens, a Constituição de 1988 demonstra o apego à igualdade, na perspectiva formal e material. O direito à igualdade implica dever de promoção da igualdade, o que traz como consequência um *dever de inclusão,* não se aceitando a continuidade de situações fáticas desiguais.

Esse *dever de inclusão* leva a tratamentos desiguais aos desiguais. A própria Constituição lista hipóteses de tratamento diferenciado para que se obtenha a igualdade material, como, por exemplo:reserva de vagas às pessoas com deficiência nos concursos públicos (art. 37, VIII da CF/88);

i) no tratamento previdenciário privilegiado às mulheres (art. 40, § 1º, III, e art. 201, § 7º, I);

ii) na isenção das mulheres e eclesiásticos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir (art. 143, § 2º);

iii) na garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (art. 203, V);

iv) na previsão de que a lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais (art. 215, § 2º), entre outras.

Esse tratamento diferenciado explícito *não elimina* a possibilidade de outros tratamentos diferenciados implícitos aceitos pela Constituição de 1988, a serem impostos futuramente por lei. Pelo contrário, o objetivo de construção de uma sociedade justa e solidária exige que o Estado indague se há uma razão suficiente para impor um tratamento desigual. Caso exista, esse tratamento desigual deve ser aplicado.

Porém, esse *tratamento diferenciado implicitamente* aceito pela Constituição deve levar em consideração determinados requisitos para ser legítimo.

Podemos resumir esses requisitos, baseados na lição de Bandeira de Mello[12], aos seguintes:

1) existência de vínculo de pertinência lógica entre o elemento de diferenciação (discrímen) escolhido pela lei e a situação objetiva analisada;

2) a diferenciação atende aos objetivos do Estado Democrático de Direito; e

3) a diferenciação realizada pela lei atende ao princípio da proporcionalidade (descrito na Parte I, Capítulo III, item 7.4).

Quanto ao elemento ou critério de discriminação (discrímen), a escolha do legislador é ampla, desde que haja pertinência lógica com a situação objetiva analisada. Os critérios usualmente utilizados para impor preconceitos e situações inferiorizantes, descritos no art. 3º, IV, da CF/88, tais como raça, sexo, cor, idade, origem, entre outros, *podem ser utilizados para promover* o direito à igualdade, veiculando vantagens aos que foram alvo de discriminação negativa.

Em síntese, a igualdade exige que sejam evitadas discriminações *injustificáveis*, proibindo-se o tratamento desigual aos que estejam na mesma situação e, simultaneamente, exige que sejam promovidas distinções justificáveis que resultem em um tratamento mais favorável aos que estão em situação desigual injusta. Com isso, há dois requisitos para comprovarmos a existência de uma discriminação injusta: (i) a existência de uma conduta

(ativa ou omissiva) de discriminação e (ii) a ausência de uma *justificativa* adequada para tanto.

Por sua vez, a discriminação injusta que é combatida pode ser direta ou indireta (também chamada de invisível). A discriminação *direta* consiste na adoção de prática intencional e consciente que adote *critério injustificável*, discriminando determinado grupo e resultando em prejuízo ou desvantagem.

A discriminação *indireta* é mais sutil: consiste na adoção de critério aparentemente neutro (e, então, justificável), mas que, na situação analisada, possui *impacto negativo desproporcional* em relação a determinado segmento vulnerável. Na discussão sobre a Emenda Constitucional n. 20/98, que limitou os benefícios previdenciários a R$ 1.200,00, discutiu-se a quem caberia pagar a licença-maternidade no caso da mulher trabalhadora receber salário superior a tal valor. Caso a interpretação concluísse que o excedente seria pago pelo empregador, a regra aparentemente neutra (limite a todos os benefícios) teria um *efeito discriminatório* no mercado de trabalho e um *impacto desproporcional* sobre a *empregabilidade* da mulher, pois aumentariam os custos para o patrão. Com isso, a regra teria um efeito *de discriminação indireta,* contrariando a regra constitucional proibitiva da discriminação, em matéria de emprego, por motivo de sexo. Nesse sentido, o STF decidiu que "Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo *trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora*. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, XXX, da CF/1988), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da CF. (...) Ação direta de inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar ao art. 14 da EC 20, de 15-12-1998, interpretação conforme à Constituição, *excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, XVIII*, da CF" (ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3-4-2003, Plenário, *DJ* de 16-5-2003).

4.4.1. Para obter a igualdade: as medidas repressivas, promocionais e as ações afirmativas

A discriminação injusta (e inconstitucional) é constatada na ocorrência de tratamento igualitário para situações diferenciadas e, também, na ocorrência de tratamento diferenciado para situações idênticas.

O Estado possui dois instrumentos para promover a igualdade e eliminar a discriminação injusta: o instrumento repressivo e o instrumento promocional (voltado ao fomento da igualdade).

O primeiro instrumento é o *repressivo*. Como prevê a Constituição de 1988, a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e ainda a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLII).

Consequentemente, o legislador pode constituir em tipos penais outros comportamentos discriminatórios, como, por exemplo, a discriminação por orientação sexual ou por procedência nacional. Nessa linha, a Lei n. 7.716/89 (alterada por leis posteriores) determinou a punição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (ver abaixo o crime de racismo).

O segundo instrumento é o *promocional,* uma vez que a proibição da discriminação não assegura, de pronto, a *inclusão* do segmento social submetido a determinada situação inferiorizante. A opção da Constituição de 1988 foi de também utilizar *políticas compensatórias* que acelerem a igualdade e a consequente inclusão dos grupos vulneráveis.

Entre outras, o art. 7º, XX, determina a proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, bem como o art. 37, VIII, que determina que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência. Assim, a Constituição abriu a porta para a implementação de outras *ações afirmativas* ou *políticas de discriminação positiva.*

As ações afirmativas consistem em um *conjunto de diversas medidas*, adotadas temporariamente e com foco determinado, que visa compensar a existência de uma *situação de discriminação* que políticas generalistas não conseguem eliminar, e objetivam a concretização do acesso a bens e direitos diversos (como trabalho, educação, participação política etc.).

Tais ações tutelam os interesses de grupos sociais vulneráveis e objetivam, no futuro, a realização da igualdade substantiva ou material. No STF, o Min. Nelson Jobim destacou que "a discriminação positiva introduz tratamento desigual para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade. É constitucionalmente legítima, porque se constitui em instrumento para obter a igualdade real" (Voto do Min. Nelson Jobim, na ADI 1.946-MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3-4-2003, Plenário, *DJ* de 16-5-2003).

No Direito Comparado, destacam-se as discussões sobre as *ações afirmativas* na *Índia* (origem da temática, com "Government of India Act", de 1935, para ações afirmativas às castas subalternas) e nos *Estados Unidos*. A Suprema Corte americana foi protagonista na aceitação da teoria do "*treatment as equal*", a partir de meados dos anos 50 do século XX, pela qual foram aceitas as políticas públicas ou condutas privadas que tratam desigualmente os desiguais, para efetivamente combater situações de inferioridade e discriminação.

As medidas de ações afirmativas (também chamadas de políticas ou ações compensatórias) são diversas: desde o encorajamento de órgãos públicos e privados para que ajam em prol da inclusão de grupos vulneráveis, passando por estímulos diferenciados aos grupos vulneráveis (por exemplo, cursinhos preparatórios para o ingresso em Faculdades para afrodescendentes), benefícios fiscais e preferências (por exemplo, pontuação adicional em licitações) até a imposição de *percentual de vagas* para grupos vulneráveis em determinados temas (as cotas).

No Brasil, além da reserva de vagas para as pessoas com deficiência, há a cota de candidaturas por sexo (30% no mínimo e 70% no máximo, para cada sexo – Lei n. 12.034/2009). Não são cotas para as mulheres, mas têm especial *impacto nas candidaturas femininas*, pois tradicionalmente a política partidária é dominada pelo sexo masculino.

Além disso, o PNDH-3 incentiva a adoção de políticas compensatórias, defendendo o aumento das ações afirmativas em favor de grupos vulneráveis. No plano federal, há o Programa de Ações Afirmativas na Administração Pública Federal (Decreto n. 4.228, de 13-5-2002), que determina a observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas com deficiência no preenchimento de cargos em comissão e ainda a observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa.

Quanto à base normativa específica, o Brasil ratificou e incorporou internamente dois tratados que contam com a previsão de *ações afirmativas:*

• a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial dispõe, no art. 1º, parágrafo 4º, que são legítimas as *medidas especiais* tomadas com o único objetivo de assegurar o *progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção* que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas *não conduzam*, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e *não prossigam* após terem sido alcançados os seus objetivos.

• a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher permite que os Estados imponham medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher (art. 4.1). São medidas de compensação à situação histórica de desigualdade entre os gêneros, em prejuízo da mulher.

• A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência dispõe, no seu art. 5º, item 4, que as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias. No art. 27, alínea *h*, prevê o dever do Estado de promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas.

Em 2010, foi editada a Lei n. 12.228, que instituiu o *Estatuto da Igualdade Racial*. Foi criado o *Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial* (Sinapir) que busca a implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País, prestados pelo Poder Público federal.

São objetivos do *Sinapir*: I – promover a igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante adoção de ações afirmativas; II – formular políticas destinadas a combater os fatores de marginalização e a promover a integração social da população negra; III – descentralizar a implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais; IV – articular planos, ações e mecanismos voltados à promoção da igualdade étnica; V – garantir a eficácia dos meios e dos instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas.

Em 2012, o STF reconheceu a constitucionalidade da adoção de cotas para afrodescendentes em universidades, ao julgar improcedente a Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental n. 186 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Nessa ADPF, as seguintes balizas foram consagradas no tocante às políticas de cotas para afrodescendentes e povos indígenas nas Universidades:

a) Objetivo: ficou evidenciado que o objetivo da cota étnica-racial nas universidades têm objetivo constitucionalmente adequado: estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando a pouca diversidade racial do ensino superior público e, com isso, eliminando distorções sociais historicamente consolidadas.

b) Critério: é importante que o critério a ser utilizado seja também adequado. No caso da cota para afrodescendentes há dois critérios utilizados comumente: a *autoidentificação* e a *heteroidentificação* (identificação feita por terceiros). No caso da ADPF 186, ambos os critérios foram considerados constitucionais, mesmo a polêmica heteroidentificação. Nesse último critério, exigiu-se o respeito à dignidade pessoal dos candidatos, com a formação de comitê composto de modo plural e com mandatos curtos, *que julgue por fenótipo e não por ascendência*, na linha do sugerido por Daniela Ikawa[13].

c) Proporcionalidade: a cota deve ser proporcional e razoável, reservando-se as vagas em número adequado, apto a não excluir em demasia os demais membros da comunidade não abrangidos no critério de seleção. Assim, para o Relator Min. Lewandowski, no caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes afrodescendentes e de um pequeno número delas para "índios de todos os Estados brasileiros", pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento da igualdade material.

d) Transitoriedade – o caráter temporário da discriminação positiva (compatível com a produção de efeitos no futuro) foi realçado pelo voto do Min. Marco Aurélio na ADPF 186, para quem tal sistema há de ser utilizado na correção de desigualdades e afastado tão logo eliminadas essas diferenças.

Ainda na busca por igualdade material no ensino superior, a Medida Provisória n. 213 instituiu o ProUni – Programa Universidade para Todos, hoje regido pela Lei n. 11.096/2005. O Programa destina bolsa de estudos para alunos carentes, determinando cotas para alunos egressos da rede pública, da rede privada (desde que tenham cursado com bolsa integral), pessoa com deficiência e professor da rede pública, para determinados cursos.

Também em 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou *improcedente* o pedido feito na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.330, considerando *constitucional* a Lei n. 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni).

4.5. A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A LEI MARIA DA PENHA

4.5.1. Aspectos gerais da Lei Maria da Penha

Há diversos tratados incorporados no ordenamento brasileiro que combatem a discriminação e violência contra a mulher. Esses tratados exigem a implementação de regras de *discriminação positiva*, que consistem em medidas especiais de caráter temporário destinadas a *acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher*.

Nesse sentido, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas (CEDAW, na sigla em inglês) determina que os Estados

Partes devem tomar as *medidas apropriadas* para combater as diversas formas de exploração, violência e discriminação contra a mulher. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (também chamada de Convenção de Belém do Pará) foi explícita em estabelecer *mandados de criminalização* de condutas de violência contra a mulher[14].

De acordo com o art. 7º, *d* e *e,* da citada Convenção, os Estados Partes devem "*adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas e prevenir,* punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em (...) incluir em sua legislação interna normas penais*, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir,* punir *e erradicar a violência contra a mulher*".

O *combate penal* à violência contra a mulher foi reforçado pelo importante precedente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso brasileiro "Maria da Penha Maia Fernandes". Os fatos relativos a esse caso remontam a 1983, quando a Sra. Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de tentativa de homicídio por parte de seu marido à época, deixando-a paraplégica. Houve, depois, outro ataque do marido, mas, apesar da denúncia criminal do Ministério Público ter sido proposta em 1984, a lentidão da Justiça Penal brasileira quase gerou a prescrição do crime. Somente em 2002 (19 anos depois dos fatos), o agressor foi preso, após o trânsito em julgado dos mais variados recursos. Para impedir a repetição de tais condutas, a Comissão recomendou que o Brasil adotasse medidas legislativas que protegessem, efetivamente, a mulher contra a violência.

Em 2006, foi adotada a Lei n. 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, que foi o resultado dos tratados internacionais já citados e também da recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cumprindo ainda o disposto no § 8º do art. 226 da CF/88 ("O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações"). De maneira clara, a Lei Maria da Penha trata a violência doméstica e familiar contra a mulher como uma das formas de violação dos direitos humanos (art. 6º).

A lei objetiva coibir e prevenir a *violência doméstica e familiar contra a mulher*. Assim, nem toda violência contra a mulher faz incidir a Lei Maria da Penha: é necessário que haja (i) uma questão de gênero em um (ii) contexto familiar e doméstico. A violência tratada na Lei Maria da Penha consiste em ato ou omissão que viole os direitos da mulher oriundos de uma *relação de afeto ou de convivência*.

Por isso, configura "violência doméstica e familiar contra a mulher" qualquer ação ou omissão *baseada no gênero*[15] que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, (i) no *âmbito da unidade doméstica*, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; (ii) no *âmbito da família*, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; (iii) em *qualquer relação íntima de afeto*, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, *independentemente de coabitação* (art. 5º da Lei), como, por exemplo, relacionamentos entre amantes, namorados etc.

Essas relações pessoais (*domésticas, familiares e de afetividade*) independem de

orientação sexual e a coabitação, o que inclui o namoro e as relações entre amantes. O art. 7º da Lei n. 11.340/2006 lista, de modo não exaustivo, as espécies de violência doméstica e familiar: violência *física*, *sexual*, *psicológica*, *patrimonial* e *moral*. Ou seja, a violência física não é a única que faz incidir a Lei Maria da Penha: a agressão verbal, perseguição contumaz, vigilância constante são tipos de violência previstos pela lei.

A lei visa combater toda e qualquer violência realizada no local de residência da vítima ou, ainda, em qualquer lugar, desde que a violência seja resultado de *relação de afeto ou de convivência*.

Prevê o art. 22 da Lei Maria da Penha que o juiz poderá aplicar, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência *contra o agressor*: I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente; II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III – proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios. Tais medidas não são exaustivas, podendo ainda o juiz usar, analogicamente, o disposto no Código de Processo Civil para o cumprimento da tutela específica de obrigação de fazer (art. 461) para assegurar os direitos da vítima.

Há ainda medidas protetivas *a favor da mulher,* que podem ser adotadas pelo juiz, como, por exemplo: 1) o encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; 2) a determinação de recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; 3) a determinação do afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; 4) e a separação de corpos. São também previstas medidas protetivas da integralidade dos bens da sociedade conjugal ou de propriedade particular da mulher.

Como tais medidas são apenas exemplificadas na lei, admite-se o uso de medidas previstas na Lei n. 12.403/2011 (lei sobre a prisão e outras medidas cautelares), como, por exemplo, o monitoramento eletrônico.

Finalmente, a violência contra a mulher exige complexa política pública de prevenção e repressão que envolve o Poder Executivo (autoridade policial e assistência de todos os tipos), Defensoria Pública, Ministério Público e Poder Judiciário. No que tange ao Poder Judiciário, a Lei dispõe que poderão ser criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, para o processo, julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

4.5.2. Aspectos penais e processuais penais da Lei Maria da Penha e a ADI 4.424

Além de buscar prevenir e evitar novos casos de violência de gênero contra a mulher, a Lei Maria da Penha também possui preceitos penais e processuais penais. O STF, na ADI

4.424, proposta pelo Procurador-Geral da República, combateu o entendimento de vários Tribunais e do Superior Tribunal de Justiça, decidindo que a ação penal por *crime de lesão corporal leve*, em caso de violência doméstica ou familiar contra a mulher, é *pública e incondicionada*, sendo constitucional a regra da Lei Maria da Penha, proibindo, nos casos de sua incidência, a aplicação da Lei n. 9.099/95 (sobre crimes de menor potencial ofensivo e Juizados Especiais Criminais). Assim, os institutos despenalizadores daquela lei não são aplicados aos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena.

O Poder Legislativo e o STF consideraram o instrumento penal *essencial* para a promoção dos direitos da mulher, tendo sido estabelecidos os seguintes marcos:

1) nos crimes de ação penal pública condicionada (ameaça, por exemplo), cabe a autoridade policial ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

2) essa representação é retratável, se: a) for feita perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade; b) a retratação ocorrer antes do recebimento da denúncia; e c) ouvido o Ministério Público (art. 16);

3) a Lei Maria da Penha afasta a aplicação das regras envolvendo os crimes de menor potencial ofensivo e ainda as referentes aos Juizados Especiais Criminais, nos casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41), não cabendo, por exemplo, transação e suspensão condicional do processo (ADI 4.424);

4) consequência direta do item "3", o crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher no ambiente doméstico e familiar é de *ação penal pública incondicionada* (ADI 4.424 – não se aplica o art. 88 da Lei n. 9.099/95[16]);

5) a Lei Maria da Penha não admite: a) a pena de oferta de cesta básica; b) a pena de prestação pecuniária; e c) a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa (art. 17).

4.5.3. A igualdade material e a ADC 19

Em 2007, o Presidente da República interpôs Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 19) visando declarar constitucional os arts. 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha, após divergências judiciais sobre a constitucionalidade da lei[17]. No campo dos direitos humanos, interessa o argumento (contrário à constitucionalidade da lei) de eventual tratamento discriminatório promovido pela Lei, uma vez que o *homem agredido* em um contexto familiar ou doméstico não pode beneficiar-se do seu manto protetor.

Esse trato diferenciado não é proibido pela igualdade entre homens e mulheres prevista na Constituição de 1988 (art. 5º, I), uma vez que o objetivo é justamente promover a igualdade material entre homens e mulheres.

A violência doméstica e familiar sofrida pela mulher é parte de um contexto de dominação do homem e submissão da mulher, no qual a mulher tem dificuldade de toda sorte para obter os mesmos papéis reservados aos homens.

No âmbito da violência doméstica e familiar, a mulher enfrenta preconceitos arraigados ("briga de marido e mulher, ninguém mete a colher"), sem contar as dificuldades de perder o

suporte material e de sobrevivência muitas vezes assegurado pelo agressor (que aproveita tal situação para externar seu poder e violência).

Para superar as desigualdades fáticas, é cabível a intervenção do legislador, aumentando as garantias da mulher e ainda restringe os direitos do agressor. Nas palavras da Min. Cármen Lúcia, em voto histórico na ADC 19, é necessário que a sociedade conte com tais leis, mesmo que temporariamente, para "superar a indiferença às diferenças"[18].

Quanto ao homem eventualmente agredido pela mulher, além de não enfrentar esse contexto histórico e social de preconceito e subordinação, este pode ser amparado pelas medidas cautelares penais previstas na Lei n. 12.403/2011.

4.5.4. A igualdade na orientação sexual e o direito à busca da felicidade

O *direito fundamental à livre orientação sexual* consiste no direito ao respeito, por parte do Estado e de terceiros, da preferência sexual e afetiva de cada um, não podendo dela ser extraída nenhuma consequência negativa ou restrição de direitos.

Apesar de não expresso na Constituição de 1988, esse direito é extraído da previsão do art. 5º, § 2º (os direitos expressos não excluem outros *decorrentes* do regime, dos princípios e dos tratados de direitos humanos), bem como do princípio da dignidade humana (art. 1º, III) e da proibição de toda forma de discriminação (objetivo fundamental da República). Além disso, a orientação sexual advém da liberdade de cada um e faz parte das decisões abarcadas pela *privacidade*, não podendo o Estado abrigar preconceitos e punir com base nessa opção íntima, negando direitos que somente outra orientação sexual pode exercer.

Para o Ministro Celso de Mello, há um *direito constitucional implícito* à "busca da felicidade", que decorre da dignidade da pessoa humana, devendo ser eliminados os entraves odiosos à sua consecução. Por isso, no campo da orientação sexual, a união homoafetiva é tida como equiparada à entidade familiar, devendo ser adotadas, a favor de parceiros homossexuais, as mesmas regras incidentes sobre as uniões heterossexuais, em especial no *Direito Previdenciário* e no campo das *relações sociais e familiares* (RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 26-8-2011.) Esse *direito à homoafetividade* não pode gerar prejuízos ao seu titular.

Nesse sentido, o STF deu ao art. 1.723 do Código Civil[19] interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Para o Relator, Min. Carlos Britto, esse reconhecimento deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, *DJE* de 14-10-2011).

4.6. DECISÕES DO STF SOBRE IGUALDADE

> **Igualdade e altura mínima em cargo público. Necessidade de pertinência com o cargo.** "Razoabilidade da exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido. Violação ao princípio da

isonomia. Inexistência" (RE 140.889, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 30-5-2000, Segunda Turma, *DJ* de 15-12-2000).

Igualdade e Princípio da Congeneridade. Necessidade da transferência de vaga em instituição de ensino do mesmo sistema: público para público, privado para privado. "(...) é consentânea com a Carta da República previsão normativa asseguradora, ao militar e ao dependente estudante, do acesso a instituição de ensino na localidade para onde é removido. Todavia, a *transferência do local do serviço não pode se mostrar verdadeiro mecanismo para lograr-se a transposição da seara particular para a pública*, sob pena de se colocar em plano secundário a isonomia – art. 5º, cabeça e inciso I –, a impessoalidade, a moralidade na administração pública, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola superior, prevista no inciso I do art. 206, bem como a viabilidade de chegar-se a níveis mais elevados do ensino, no que o inciso V do art. 208 vincula o fenômeno à capacidade de cada qual" (ADI 3.324, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-12-2004, Plenário, *DJ* de 5-8-2005).

Igualdade e prova de títulos em concurso público. Mera função pública não pode servir para título. Concurso público. (...) Prova de títulos: exercício de funções públicas. Viola o princípio constitucional da isonomia norma que estabelece como título o mero exercício de função pública" (ADI 3.443, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 8-9-2005, Plenário, *DJ* de 23-9-2005).

Igualdade e teste de esforço diferente por faixa etária. Inconstitucional. Concurso público da Polícia Militar. Teste de esforço físico por faixa etária: exigência desarrazoada, no caso. Ofensa aos princípios da *igualdade* e legalidade. O STF entende que a restrição da admissão a cargos públicos a partir da idade somente se justifica se previsto em lei e quando situações concretas exigem um limite razoável, *tendo em conta o grau de esforço a ser desenvolvido pelo ocupante do cargo ou função*. No caso, se mostra desarrazoada a exigência de teste de esforço físico com critérios diferenciados em razão da faixa etária" (RE 523.737-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-6-2010, Segunda Turma, *DJE* de 6-8-2010).

Igualdade e licitação. Exigência que não seja indispensável a garantia de cumprimento da obrigação. Violação. "A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível" (ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-2007, Plenário, *DJE* de 7-3-2008).

Igualdade e acesso a cargo público. Tratamento diferenciado àquele que já integram o Ministério Público. Possibilidade. "A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a

igualdade, no sentido mencionado, quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no MPF, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida" (MS 26.690, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-9-2008, Plenário, *DJE* de 19-12-2008).

Igualdade e estrangeiro. Impossibilidade de discriminar por nacionalidade e impedir a progressão da pena. "O fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena" (HC 97.147, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 4-8-2009, Segunda Turma, *DJE* de 12-2-2010).

Igualdade e liberdade de religião. Impossibilidade de participar de exame em data alternativa, para respeito de dia sagrado. "Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal *a quo* que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolando-se em privilégio para um determinado grupo religioso. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública. Pendência de julgamento da ADI 391 e da ADI 3.714, nas quais esta Corte poderá analisar o tema com maior profundidade" (STA 389-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2009, Plenário, *DJE* de 14-5-2010).

Igualdade e Teste de Esforço para admissão em cargo público. Desarrazoada a exigência de teste de esforço físico com critérios diferenciados em razão da faixa etária. "O STF entende que a restrição da admissão a cargos públicos a partir da idade somente se justifica se previsto em lei e quando situações concretas exigem um limite razoável, tendo em conta o grau de esforço a ser desenvolvido pelo ocupante do cargo ou função. No caso, se mostra desarrazoada a exigência de teste de esforço físico com critérios diferenciados em razão da faixa etária" (RE 523.737-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-6-2010, Segunda Turma, *DJE* de 6-8-2010).

Igualdade e lei estadual instituindo piso regional. "A lei impugnada realiza materialmente o princípio constitucional da isonomia, uma vez que o tratamento diferenciado aos trabalhadores agraciados com a instituição do piso salarial regional visa reduzir as desigualdades sociais. A LC federal 103/2000 teve por objetivo maior assegurar àquelas classes de trabalhadores menos mobilizadas e, portanto, com menor capacidade de organização sindical, um patamar mínimo de salário" (ADI 4.364, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 2- 3-2011, Plenário, *DJE* de 16-5-2011).

Igualdade e Tributação. "A isenção tributária que a União Federal concedeu, em matéria de IPI, sobre o açúcar de cana (Lei 8.393/1991, art. 2º) objetiva conferir

efetividade ao art. 3º, II e III, da CF. Essa pessoa política, ao assim proceder, pôs em relevo a função extra fiscal desse tributo, utilizando-o como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais" (AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, *DJE* de 28-3-2008).

Igualdade e prerrogativa de foro a ex-titular de cargos públicos. Privilégio pessoal inaceitável. "O reconhecimento da prerrogativa de foro, perante o STF, nos ilícitos penais comuns, em favor de ex-ocupantes de cargos públicos ou de ex-titulares de mandatos eletivos transgride valor fundamental à própria configuração da ideia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade. A prerrogativa de foro é outorgada, constitucionalmente, *ratione muneris*, a significar, portanto, que é deferida em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado, sob pena de tal prerrogativa – descaracterizando-se em sua essência mesma – degradar-se à condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal. Precedentes" (Inq 1.376-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-2-2007, Plenário, *DJ* de 16-3-2007).

Igualdade. Passe livre às pessoas com deficiência carentes no transporte interestadual. "Constitucionalidade da Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994, que concedeu passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual. Incabível a alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre-iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio. (...) Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede da ONU, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados" (ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, *DJE* de 17-10-2008).

Idade e Concurso Público. "O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela *natureza das atribuições do cargo a ser preenchido*" (Súmula 683 do STF).

Idade e Concurso Público. "Candidata funcionária pública: indeferimento de inscrição fundada em Constituição e imposição legal de limite de idade, *não reclamado pelas atribuições do cargo*, que configura discriminação inconstitucional (CF, arts. 5º e 7º, XXX): (...)." (RE 141.357, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-9-2004, Primeira Turma, *DJ* de 8-10-2004).

Idade e Concurso Público. "A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de Trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º, *caput*), que se estende, à

falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares – CF, art. 42, § 11), a todo o sistema do pessoal civil. *É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher*. Esse não é o caso, porém, quando, como se dá na espécie, a lei dispensa do limite os que já sejam servidores públicos, a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado" (RMS 21.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-1990, Plenário, *DJ* de 14-11-1991). No mesmo sentido: AI 722.490-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 3-2-2009, Primeira Turma, *DJE* de 6-3-2009.

Igualdade nas Relações Privadas. Discriminação contra Brasileiro por parte de Empresa Multinacional. "Estabelece a Constituição em vigor, reproduzindo nossa tradição constitucional, no art. 5º, *caput* (...). (...) De outra parte, no que concerne aos direitos sociais, nosso sistema veda, no inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal, qualquer discriminação decorrente – além, evidentemente, da nacionalidade – de sexo, idade, cor ou estado civil. Dessa maneira, nosso sistema constitucional é contrário a tratamento discriminatório entre pessoas que prestam serviços iguais a um empregador. No que concerne ao estrangeiro, quando a Constituição quis limitar-lhe o acesso a algum direito, expressamente estipulou. (...) Mas o princípio do nosso sistema é o da igualdade de tratamento. Em consequência, não pode uma empresa, no Brasil, seja nacional ou estrangeira, desde que funcione, opere em território nacional, estabelecer discriminação decorrente de nacionalidade para seus empregados, em regulamento de empresa, a tanto correspondendo o estatuto dos servidores da empresa, tão só pela circunstância de não ser um nacional francês. (...) Nosso sistema não admite esta forma de discriminação, quer em relação à empresa brasileira, quer em relação à empresa estrangeira" (RE 161.243, Rel. Min. Carlos Velloso, voto do Min. Néri da Silveira, julgamento em 29-10-1996, Segunda Turma, *DJ* de 19-12-1997).

Igualdade e competência da União para legislar sobre direito do trabalho. Lei estadual estipulando sanções a empresas que discriminem mulheres. Inconstitucionalidade. "Lei 11.562/2000 do Estado de Santa Catarina. Mercado de trabalho. Discriminação contra a mulher. Competência da União para legislar sobre direito do trabalho. (...) A Lei 11.562/2000, não obstante o louvável conteúdo material de combate à discriminação contra a mulher no mercado de trabalho, incide em inconstitucionalidade formal, por invadir a competência da União para legislar sobre direito do trabalho" (ADI 2.487, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30-8-2007, Plenário, *DJE* de 28-3-2008).

Igualdade e direito do marido de ser dependente automático da esposa quando a lei só prevê o oposto. Impossibilidade. "A extensão automática da pensão ao viúvo, em obséquio ao princípio da igualdade, em decorrência do falecimento da esposa-segurada, assim considerado aquele como dependente desta, exige lei específica, tendo em vista as disposições constitucionais inscritas no art. 195, *caput*, e seu § 5º, e art. 201, V, da CF" (RE 204.193, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 30-5-2001,

Plenário, *DJ* de 31-10-2002 – ver abaixo possível superação deste precedente).

Igualdade e lei estadual que exige invalidez do viúvo para receber a pensão da segurada mulher, não exigindo isso da viúva. Inconstitucionalidade. "(...) a lei estadual mineira, violando o princípio da igualdade do art. 5º, I, da Constituição, exige do marido, para que perceba a pensão por morte da mulher, um requisito – o da invalidez – que, não se presume em relação à viúva, e que não foi objeto do acórdão do RE 204.193, 30-5-2001, Carlos Velloso, DJ de 31-10-2002. Nesse precedente, ficou evidenciado que o *dado sociológico que se presume em favor da mulher é o da dependência econômica*, e não a de invalidez, razão pela qual também não pode ela ser exigida do marido. Se a condição de invalidez revela, de modo inequívoco, a dependência econômica, a recíproca não é verdadeira; a condição de dependência econômica não implica declaração de invalidez" (RE 385.397-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-6-2007, Plenário, *DJ* de 6-9-2007). **Possível indicativo da mudança de orientação e superação do precedente do RE 204.193 de 2001 visto acima (este que teria se apoiado no "dado sociológico da dependência da mulher em relação ao homem"). Vários dos Ministros que votaram em 2001 não mais se encontram no STF.**

Tratamento privilegiado à magistratura federal em detrimento da estadual dado pela EC 41/2003. Subteto estadual inferior ao teto federal é ofensa à isonomia. Poder Judiciário é nacional. "Como se vê, é do próprio sistema constitucional que brota, nítido, o *caráter nacional* da estrutura judiciária. E uma das suas mais expressivas e textuais reafirmações está precisamente – e não, por acaso – na chamada regra de escalonamento vertical dos subsídios, de indiscutível alcance nacional, e objeto do art. 93, V, da Constituição da República, que, dispondo sobre a forma, a gradação e o limite para fixação dos subsídios dos magistrados não integrantes dos Tribunais Superiores, *não lhes faz nem autoriza distinção entre órgãos dos níveis federal e estadual,* senão que, antes, os reconhece a todos como categorias da estrutura judiciária nacional (...) " (ADI 3.854-MC, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-2-2007, Plenário, *DJ* de 29-6-2007).

5. Legalidade

Art. 5º, II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

5.1. LEGALIDADE E RESERVA DE LEI

O *direito à liberdade* consiste na possibilidade de o ser humano atuar com livre-arbítrio, salvo se existir lei o obrigando a fazer ou deixar de fazer algo. Cabe-lhe uma *liberdade de escolha* até a edição de lei em sentido contrário. Com isso, uma conduta que interfira com a liberdade e bens de uma pessoa exige lei prévia que a autorize. Essa *sintonia entre liberdade e legalidade* é fruto da consagração do Estado de Direito. Fica superada a antiga submissão de todos à vontade do monarca, substituída pela vontade da lei. Nesse sentido, entre o governo

dos homens ou o governo das leis, o Estado de Direito optou pelo segundo.

A liberdade tem seus contornos definidos pela vontade da lei, que expressa o desejo social. O art. 5º, II, trata do *princípio da legalidade* que engloba a *lei* em sentido amplo, abrangendo todas as espécies normativas do art. 59 da Constituição, a saber: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções.

Atualmente, o Estado Democrático de Direito no Brasil admite várias dimensões do princípio da legalidade, o que reflete os novos papéis do Poder Executivo, chamado a participar da atividade legislativa direta e indiretamente. Nesse sentido, são consagrados na doutrina e jurisprudência os seguintes princípios decorrentes da legalidade: 1) princípio da *reserva absoluta de lei;* 2) princípio da *reserva relativa de lei;* 3) princípio da *reserva de lei formal;* 4) princípio da *reserva de lei material.*

O princípio da *reserva absoluta de lei* consiste na exigência de que o tratamento de determinada matéria seja, em sua integralidade, regido pela lei. Não há espaço para a atuação regulamentar discricionária dos agentes públicos executores da lei. Por sua vez, o princípio da reserva relativa de lei admite que determinada matéria seja regrada pela lei com espaço para a atuação discricionária do agente.

Por outro lado, o princípio da *reserva de lei formal* consiste na exigência de regência de matéria por ato emanado do Poder Legislativo, fruto do processo legislativo tradicional (iniciativa, deliberação, sanção/veto e promulgação e publicação). A definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei formal tem de ser obtida do próprio texto constitucional (HC 85.060, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-9-2008, Primeira Turma, *DJE* de 13-2-2009).

No Brasil, o Direito Penal é submetido ao princípio da reserva de lei formal (também denominado simplesmente "reserva legal"), para dar sentido ao disposto no art. 5º, XXXIX ("Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"). Essa interpretação impede eventual redundância deste inciso com o disposto no art. 5º, II. Há, assim, uma faceta *negativa* e uma faceta *positiva* do princípio da *reserva de lei formal.* A faceta negativa implica vedar, "nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos". A faceta positiva "impõe à administração e à jurisdição a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador". A violação dessas facetas resulta "transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes" (passagens do voto do Relator. ADI 2.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-2-2001, Plenário, *DJ* de 27-6-2003).

Já o princípio da *reserva de lei material* consiste na exigência de matéria regrada por atos normativos equiparados à lei, mesmo que não oriundos do Poder Legislativo. Trata-se do reconhecimento de atos normativos com *força de lei* oriundos do Poder Executivo. A Constituição de 1988 admite uma intensa participação do Poder Executivo na função de legislar, em especial no que tange: 1) à edição de Medida Provisória (art. 62), que tem força de lei sem autorização prévia do Congresso Nacional; 2) à edição de lei delegada (art. 68); e por fim 3) pela edição de decretos mesmo sem lei anterior, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção

de órgãos públicos ou ainda sobre extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (art. 84, VI).

A própria Constituição limita as matérias que podem ser tratadas sem apoio em lei aprovada pelo Congresso Nacional. No caso das medidas provisórias, estas não podem abarcar regras sobre: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; e) que visem a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; f) reservadas a lei complementar; g) já disciplinadas em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. Quanto à lei delegada, a Constituição dispõe que não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Diferentemente dos particulares, o Poder Público é regido pelo *princípio da legalidade estrita*, exposto no art. 37º, *caput*, da CF/88, que exige que o Poder Público *só* possa fazer ou deixar de fazer o que está previsto na lei. Logo, o particular pode fazer aquilo que a lei não proíbe e o Poder Público só pode fazer o que é *autorizado* pela lei.

5.2. OS DECRETOS E REGULAMENTOS AUTÔNOMOS (CF, ART. 84, IV)

O princípio da legalidade, consagrado pela Constituição de 1988, exige que os decretos e regulamentos administrativos explicitem meramente os comandos previamente estabelecidos pela lei. Assim, *proibiu-se* o chamado "decreto ou regulamento autônomo" que seria aquele ato administrativo que, sem apoio na lei, inova o ordenamento jurídico, criando direitos ou obrigações.

Dois dispositivos da Constituição sustentam essa vedação do "decreto autônomo": *o art. 84, IV* ("Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) V – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para *sua fiel execução*") e o *art. 25* do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ("Art. 25. Ficam *revogados*, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os *dispositivos legais que atribuam ou deleguem* a órgão do *Poder Executivo* competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – *ação normativa*").

Nesse sentido, decidiu o STF que os "Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (art. 84, IV, da CF/1988) (...). Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige" (ADI 1.435-MC, Rel. Min. Francisco Rezek, julgamento em 27-11-1996, Plenário, *DJ*

de 6-8-1999).

Assim, o poder regulamentar *só* é cabível na existência de lei ou mesmo norma constitucional que já possua todos os atributos para sua fiel execução (ADI 1.590-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-6-1997, Plenário, *DJ* de 15-8-1997). Com isso, nenhum ato administrativo fruto do poder regulamentar pode criar ou restringir direitos, violando a separação de poderes e a reserva de lei em sentido formal.

Caso isso ocorra, constata-se o chamado "abuso de poder regulamentar", que pode ser atacado pela via judicial e ainda autoriza o Congresso Nacional a sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V). (Entre outros precedentes do STF, ver AC 1.033-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-5-2006, Plenário, *DJ* de 16-6-2006.)

5.3. RESERVA DE LEI E RESERVA DE PARLAMENTO

Tema correlato ao do "decreto autônomo" é o da lei que autoriza a edição de decreto regulamentador que inove a ordem jurídica, desde que obedecendo a parâmetros genéricos constitucionais e legais. O debate gira em torno da eventual *delegação inválida* de poderes do Legislativo para o Executivo. A delegação de poder legislativo, salvo hipóteses autorizadas na própria Constituição (como, por exemplo, na lei delegada) *ofende* a separação de poderes, uma vez que tal delegação desnaturaria a divisão de poderes estabelecida pelo Poder Constituinte.

Esse tema é discutido em face do *poder normativo das agências reguladoras*, que inova a ordem jurídica, autorizado por disposições genéricas das leis instituidoras e também *em face de determinadas leis* que autorizam atos administrativos de criação de direitos por parte de entes da Administração Pública Direita e Indireta.

Um dos casos ainda em trâmite no STF é o do art. 67 da Lei n. 9.478/97 que dispõe que os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República. O Decreto n. 2.745/98 estabeleceu esse procedimento licitatório simplificado, que foi impugnado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que declarou a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei n. 9.478/97 e do Decreto n. 2.745/98, determinando que a Petrobras observasse os ditames da Lei n. 8.666/93 (Lei das Licitações).

No Mandado de Segurança interposto pela Petrobras (ainda em trâmite), o Min. Gilmar Mendes suspendeu, em liminar, a decisão do TCU, decidindo que o art. 177, § 2º, II, da CF/88 permite que a lei estabeleça as condições gerais de contração da Petrobras tendo em vista o novo regime de concorrência a que ela se submete após a Emenda Constitucional n. 09/95 (MS 25.888 MC/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, decisão liminar de 22-3-2006). A celeuma está se esse regime especial de contratação não deveria ser *detalhado* na *lei* e não em mero decreto. Nem mesmo os *critérios e princípios* vetores desse procedimento diferenciado (que a Petrobras merece, é claro, pois concorre com empresas privadas que não se submetem à lei das licitações) foram elencados no conciso art. 67 ora em comento.

Ainda nessa temática, em 2011, o STF julgou *improcedente* (por 8 votos a 2) a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.568 (Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3-11-2011),

em que partidos políticos da *oposição* impugnaram dispositivos da Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011, nos quais a *fixação* do valor do salário mínimo até 2015 ficou por conta de *decreto* do Presidente da República *de acordo* com critérios predefinidos pelo legislador.

Para o STF, a lei em questão é *constitucional*, pois não ofendeu a *reserva de lei* estabelecida no art. 7º, IV ("salário mínimo, *fixado em lei* ..."), uma vez que o decreto previsto para apuração e divulgação do novo *quantum* salarial é norma administrativa *meramente declaratória* de valor cujos parâmetros (índice de reajuste) foram fixados *legalmente*. Assim, no caso, a lei em questão fixou os critérios que, após, os decretos presidenciais que fixarem o valor do salário mínimo deverão obedecer.

O voto do Min. Gilmar Mendes, apesar de ter anuído com a maioria, foi extremamente crítico, pois considerou que a Constituição, ao tratar da reserva de lei formal (nos casos em que a Constituição exige *lei formal* para reger uma matéria), estabelece, em última análise, uma "*exigência de Reserva de Parlamento*", o que implicaria exigir dos temas um debate mais amplo, com maior visibilidade e participação da sociedade. Por isso, concluiu o Ministro que a referida lei "transita no limite da constitucionalidade" e só votou a favor de sua constitucionalidade uma vez que há ante a evidente reversibilidade do regime criado pela Lei n. 12.382/2011 por uma lei ordinária posterior (Voto do Min. Gilmar Mendes, ADI 4.568, Relatora Min. Carmen Lúcia, julgamento em 3-11-2011).

Nessa linha, a Constituição de 1988 traria implicitamente o conceito da "Reserva de Parlamento", que consiste na exigência de necessária *discussão* de determinados temas *no âmbito do Congresso Nacional*, no qual a tensão entre a maioria e minoria enriquece o debate em prol da sociedade. Essa "Reserva de Parlamento" é ainda mais importante no Brasil pela histórica alta volatilidade da "maioria congressual", que é obtida pelo Poder Executivo no início do mandato e depois tende a se desmanchar por interesses eleitorais.

Como exemplos de temas submetidos à "Reserva de Parlamento", trouxe o voto do Min. Mendes o *art. 231, § 5º* ("É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco"); o *art. 49, XIV* ("É competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XIV – aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares") e ainda o *art. 225, § 6º* ("Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas").

5.4. REGIMENTO DE TRIBUNAIS E RESERVA DE LEI

Outro ponto sempre questionado no que tange ao princípio da legalidade é o papel que cabe ao *regimento interno de um tribunal*. A Constituição estabelece, em seu art. 22, I, que a competência para legislar sobre Direito Processual é da União; porém, o art. 96, I, *a*, da CF/88 dispõe que compete aos Tribunais "elaborar seus regimentos internos, com observância

das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".

Assim, o regimento interno dos tribunais, por força de expressa disposição da Constituição, podem reger a organização judiciária, levando em consideração as normas processuais ditadas pela lei.

Há uma integração de critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos tribunais. Esse foi o caso da criação, por normas *regimentais*, de *Varas Federais Especializadas em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores*, que, por *não* terem sido criadas por *lei*, foram questionadas pela Defesa de diversos investigados e réus. Esse foi o caso da alegação de inconstitucionalidade da Resolução n. 10-A/2003, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que regulamentou a Resolução n. 314/2003, do Conselho da Justiça Federal – CJF, tendo especializado vara federal criminal para processar e julgar os *crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores*. Entretanto, o STF decidiu que essa especialização é constitucional, pois a Constituição permite que os regimentos fixem normas de organização judiciária *respeitando* as normas processuais gerais (HC 88.660, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-5-2008, Plenário, Informativo 506).

No mesmo sentido, decidiu o STF que, "com o advento da CF de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e o dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a estes últimos o respeito à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, art. 22, I), bem como às garantias processuais das partes, 'dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos' (CF, art. 96, I, *a*). São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição" (ADI 2.970, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 20-4-2006, Plenário, *DJ* de 12-5-2006).

5.5. RESOLUÇÕES DO CNJ E DO CNMP

Outro tema recente envolvendo a eventual inconstitucionalidade de atos administrativos que inovam a ordem jurídica diz respeito às resoluções administrativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Os precedentes mais rumorosos dizem respeito às Resoluções do CNJ. Nesse caso, prevê *laconicamente* o inciso I do § 4º do art. 103-B da CF/88 que cabe ao CNJ "zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, *no âmbito de sua competência*, ou recomendar providências".

Restam dúvidas sobre o que significaria "no âmbito de sua competência", em especial porque a Constituição estabelece que compete a *Lei Complementar*, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o Estatuto da Magistratura (atualmente a Lei Complementar n. 35/79).

Assim, várias resoluções do CNJ foram questionadas perante o STF, alegando-se extrapolação de sua função administrativa, o que acarretaria violação das competências do

Poder Legislativo. O caso mais rumoroso referente ao *poder normativo do CNJ* foi relativo à Resolução CNJ n. 07/2005, que proibiu práticas de *nepotismo*, como, por exemplo, o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou *parente em linha reta, colateral* ou por *afinidade*, *até o terceiro grau*, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados.

O STF, por maioria – vencido o Ministro Marco Aurélio –, decidiu ser constitucional a resolução, pois essas restrições contra nepotismo teriam sido impostas pela própria Constituição de 1988, por meio dos princípios da *impessoalidade*, da *eficiência*, da *igualdade* e da *moralidade* (ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 20-8-2008, Plenário, *DJE* de 18-12-2009).

O STF foi coerente e considerou que outros atos administrativos contrários ao nepotismo não eram ilegais ou inconstitucionais. O fundamento foi o da vedação implícita na Constituição a essa prática de contratação de parentes. Nessa linha, decidiu o STF que "a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática", pois essa proibição "decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da CF" (passagens do RE 579.951, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 20-8-2008, Plenário, *DJE* de 24-10-2008, com *repercussão geral*).

5.6. PRECEDENTES DIVERSOS DO STF

Inconstitucionalidade dos Decretos Autônomos. "Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra legem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei" (ADI 996-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-3-1994, Plenário, *DJ* de 6-5-1994).

Inconstitucionalidade dos Decretos Autônomos. "Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (art. 84, IV, da CF/1988). A EC 8 de 1995 – que alterou o inciso XI e alínea *a* do inciso XII do art. 21 da CF – é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige. A Lei 9.295/1996 não sana a deficiência do ato impugnado, já que ela é posterior ao decreto" (ADI 1.435-MC, Rel. Min. Francisco Rezek, julgamento em 27-11-1996, Plenário, *DJ* de 6-8-1999).

Reserva legal. Instituição de emolumentos cartorários por resolução do Tribunal de Justiça. Impossibilidade. "A instituição dos emolumentos cartorários pelo Tribunal

de Justiça afronta o princípio da reserva legal. Somente a lei pode criar, majorar ou reduzir os valores das taxas judiciárias. Precedentes. Inércia da União Federal em editar normas gerais sobre emolumentos. Vedação aos Estados para legislarem sobre a matéria com fundamento em sua competência suplementar. Inexistência" (ADI 1.709, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 10-2-2000, Plenário, *DJ* de 31-3-2000).

Nova redação do artigo 84, VI. Decreto Presidencial válido. "Pagamento de servidores públicos da administração federal. Liberação de recursos. Exigência de prévia autorização do Presidente da República. Os arts. 76 e 84, I, II e VI, *a*, todos da CF, atribuem ao Presidente da República a posição de chefe supremo da administração pública federal, ao qual estão subordinados os Ministros de Estado. Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela EC 32/2001, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, exceções que não se aplicam ao decreto atacado" (ADI 2.564, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 8-10-2003, Plenário, *DJ* de 6-2-2004).

Reserva legal. Aumento de servidores públicos por ato administrativo. Impossibilidade. "Em tema de remuneração dos servidores públicos, estabelece a Constituição o princípio da reserva de lei. É dizer, em tema de remuneração dos servidores públicos, nada será feito senão mediante lei, lei específica. CF, art. 37, X, art. 51, IV, art. 52, XIII. Inconstitucionalidade formal do Ato Conjunto 1, de 05-11-2004, das Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados" (ADI 3.369-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-12-2004, Plenário, *DJ* de 18-2-2005.) No mesmo sentido: ADI 3.306, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2011, Plenário, *DJE* de 7-6-2011.

Teto de remuneração de servidor público por decreto. Aplicabilidade imediata da Constituição. Possibilidade. "Servidor público: teto de remuneração (CF, art. 37, XI): autoaplicabilidade. Dada a eficácia plena e a aplicabilidade imediata, inclusive aos entes empresariais da administração indireta, do art. 37, XI, da Constituição, e do art. 17 do ADCT, a sua implementação – não dependendo de complementação normativa – não parece constituir matéria de reserva à lei formal e, no âmbito do Executivo, à primeira vista, podia ser determinada por decreto, que encontra no poder hierárquico do Governador a sua fonte de legitimação" (ADI 1.590-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-6-1997, Plenário, *DJ* de 15-8-1997).

Reserva legal e aumento da alíquota do Imposto de Importação por Decreto. Possibilidade. "É compatível com a Carta Magna a norma infraconstitucional que atribui a órgão integrante do Poder Executivo da União a faculdade de estabelecer as alíquotas do Imposto de Exportação. Competência que não é privativa do Presidente da República. Inocorrência de ofensa aos arts. 84, *caput*, IV, e parágrafo único, e 153, § 1º, da CF ou ao princípio de reserva legal. Precedentes. Faculdade discricionária atribuída à Câmara de Comércio Exterior – CAMEX, que se circunscreve ao disposto no Decreto-Lei 1.578/1977 e às demais normas regulamentares" (RE 570.680, Rel.

Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28-10-2009, Plenário, *DJE* de 4-12-2009, com repercussão geral).

Reserva legal e crimes militares. "Os crimes militares situam-se no campo da exceção. As normas em que previstos são exaustivas. Jungidos ao princípio constitucional da reserva legal – inciso XXXIX do art. 5º da carta de 1988 – Hão de estar tipificados em dispositivo próprio, a merecer interpretação estrita. Competência – Homicídio – Agente: militar da reserva – Vítima: policial militar em serviço. Ainda que em serviço a vítima – policial militar, e não militar propriamente dito – a competência é da Justiça comum. Interpretação sistemática e teológica dos preceitos constitucionais e legais regedores da espécie" (HC 72.022, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 9-2-1995, Plenário, *DJ* de 28-4-1995).

Legalidade e cola eletrônica. Vazio legislativo penal até dezembro de 2011. "Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (*analogia in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da 'cola eletrônica', a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. Denúncia rejeitada, por maioria, por reconhecimento da atipicidade da conduta descrita nos autos como 'cola eletrônica'"(Inq 1.145, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 19-12-2006, Plenário, *DJE* de 4-4-2008.) Esse precedente motivou a edição da Lei n. 12.550, de 16 de dezembro de 2011, que criou o novo tipo penal do art. 311-A no CP, sobre "fraudes em certames de interesse público: *Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de: I – concurso público; II – avaliação ou exame públicos; III – processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou IV – exame ou processo seletivo previstos em lei: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa"*.

Crime de responsabilidade e reserva legal. Competência privativa da União. "Entenda-se que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União – como tem prevalecido no Tribunal – ou, ao contrário, que, sendo matéria de responsabilidade política de mandatários locais, sobre ela possa legislar o Estado-membro – como sustentam autores de tomo – o certo é que estão todos acordes em tratar-se de questão submetida à reserva de lei formal, não podendo ser versada em decreto legislativo da Assembleia Legislativa" (ADI 834, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-2-1999, Plenário, *DJ* de 9-4-1999).

6. Direito à integridade física e psíquica

Art. 5º, III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

6.1. DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL

O *direito à integridade física* consiste na intangibilidade física do ser humano, que merece proteção contra tratamento degradante, desumano ou tortura. Já o direito à integridade *psíquica ou moral* implica a vedação do tratamento desonroso ou que cause sofrimento psíquico desnecessário ou odioso.

A Constituição de 1988 trata explicitamente da integridade física e moral no art. 5º, XLIX (é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral) e ainda no que tange à aposentadoria de servidores públicos (art. 40, § 4º, III) e dos segurados do regime geral da previdência social (art. 201, § 1º), dispondo, em ambos os casos, que a lei estabelecerá regime diferenciado em caso de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a integridade física.

Implicitamente, o direito à integridade física e moral decorre do art. 5º, III, que protege o ser humano contra a tortura, tratamento degradante e desumano (III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante), a ser estudado no próximo item.

A Declaração Universal de Direitos Humanos prevê que "ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante" (artigo V). Já Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que "Art. 5. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano".

No Brasil, a intangibilidade física também impede que haja condutas invasivas do corpo humano, sem a anuência do titular, salvo para proteção de outros valores constitucionais, como, por exemplo, para salvar sua vida.

No campo penal, a utilização contra a vontade do titular de partes do seu corpo para fins probatórios será enfrentada no comentário ao art. 5º, LXIII ("o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado"), que concretiza o direito de não ser obrigado a se autoincriminar (garantia contra a autoincriminação, *nemo tenetur se detegere*).

No campo cível, discutiu-se a intangibilidade física nos casos de não cooperação do réu em ação cível de investigação de paternidade, que se recusa a fornecer material para o exame de DNA. Apesar do altíssimo grau de certeza do DNA, que asseguraria o *direito da personalidade de se conhecer sua própria ascendência*, o STF decidiu, por maioria, que a integridade física, no caso, *prepondera*, devendo o juiz da causa utilizar a presunção de paternidade em desfavor daquele que recusou o exame e outros elementos que constem do processo (testemunhas do relacionamento amoroso, correspondência etc. – STF, HC 71.373, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10-11-1994, Plenário, *DJ* de 22-11-1996).

6.2. A TORTURA (ART. 5º, III E XLIII) E SEU TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

A Constituição dispõe, no inciso III do art. 5º, que "ninguém será submetido à tortura". Logo depois, no inciso XLIII do mesmo art. 5º, impõe que a lei "considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da *tortura*, (...)", por eles

respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Retomou-se, então, a previsão da Constituição Imperial de 1824, que em seu art. 179, XIX, estabeleceu: "*Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis*".

A tortura foi sistematicamente utilizada pelo regime militar no Brasil (1964-1988) em diversos presos políticos, sendo a apuração de tais fatos bárbaros um dos objetivos da *Comissão Nacional da Verdade* instituída pela Lei n. 12.528/2011.

A Constituição de 1988 não definiu "tortura", tendo deixado tal tarefa para a jurisprudência, secundada pelos tratados internacionais e pela lei (9.455/97).

Para a jurisprudência do STF, decidiu o Ministro Celso de Mello que "... o delito de tortura – por comportar formas múltiplas de execução – *caracteriza-se pela inflição de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade*" (passagem de voto, grifo nosso, HC 70.389/SP, Rel. p. Acórdão Min. Celso de Mello, *DJ* de 10-8-2001).

A Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, adotada em 10 de dezembro de 1984 (promulgada internamente pelo Decreto n. 40, de 15-2-1991), designa tortura como *qualquer ato* pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, *informações ou confissões*; de *castigá-la* por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de *intimidar* ou *coagir* esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em *discriminação de qualquer natureza*; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um *funcionário público* ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência".

A Convenção ainda determina que não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de *sanções legítimas*, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. Por sua vez, a Convenção da ONU, em seu art. 5º, § 2º, estabelece o princípio do *aut dedere, aut judicare,* pelo qual o Estado contratante tem o dever de extraditar ou julgar o torturador que esteja sob sua jurisdição, não importando a nacionalidade do autor, vítima ou local que a tortura tenha ocorrido. Também estabelece o art. 5º o dever do Estado de criminalizar a tortura, no caso dela ocorrer em seu território (princípio da territorialidade da lei penal), ou, caso ocorra fora do seu território, for seu nacional o *autor* (princípio da nacionalidade ativa, justificando a extraterritorialidade da lei penal) ou a vítima (princípio da nacionalidade passiva).

Assim, para essa Convenção, a tortura é ato que inflige *dores ou sofrimentos agudos* (físicos ou mentais), por agente público (direta ou indiretamente), para: 1) obter confissão; ou 2) obter informação; ou 3) castigar por ato próprio ou de terceiro; ou 4) para intimidar ou coagir; ou 5) por discriminação de qualquer natureza (por exemplo, torturar um homossexual por sua orientação sexual).

A Convenção de 1984 é criticada por ter adotado uma definição estrita de tortura, dando a entender que a tortura não pode ser cometida por omissão e negligência. Também foi alvo de

polêmicas a menção a “sanções legítimas” que descaracterizam a tortura, exigência na época da negociação do tratado dos países que adotam castigos corporais. Essa menção a “sanções legítimas” podem ser utilizadas de modo abusivo por países, como os Estados Unidos, interessados em justificar os seus meios de interrogatórios de suspeitos de prática de atos de terrorismo (ver mais sobre tratamento cruel e o art. 16 da Convenção da ONU contra a Tortura abaixo).

Já a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 9 de dezembro de 1985 (promulgada internamente pelo Decreto n. 98.386/89), dispõe que a tortura é “todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa *penas ou sofrimentos físicos ou mentais*, com fins de *investigação criminal*, como meio de *intimidação*, como *castigo* pessoal, como *medida preventiva*, como *pena* ou com qualquer outro fim”. Tal convenção cria uma *figura equiparada de tortura,* ao dispor que *também* é tortura “a aplicação, sobre uma pessoa, de *métodos tendentes a anular a personalidade da vítima*, ou a *diminuir sua capacidade física ou mental*, *embora* não *causem dor física ou angústia psíquica*” (art. 2º, parte final). A Convenção dispõe que não estarão compreendidos no conceito de tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequências unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Comparando a Convenção das Nações Unidas de 1984 com a Convenção Interamericana de 1985, temos as seguintes *convergências*:

a) ambas considerando tortura como “sofrimentos físicos e mentais”;

b) para fins de investigação penal, intimidação, castigo pessoal.

Já as *divergências* são as seguintes:

a) só a Convenção da ONU exige que a tortura seja feita por agente público ou com sua aquiescência;

b) só a Convenção da ONU exige que o sofrimento seja agudo;

c) a Convenção Interamericana tipifica como tortura o ato de imposição de sofrimento físico e psíquico com “qualquer fim”;

d) a Convenção Interamericana admite que pode ser tortura determinada pena ou medida preventiva;

e) a Convenção Interamericana criou a “figura equiparada”, ou seja, são equiparadas a tortura medidas que não infligem dor ou sofrimento, mas diminuem a capacidade física ou mental.

Além dessas definições, cabe lembrar que o Estatuto de Roma (que criou o Tribunal Penal Internacional) definiu *tortura como sendo o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado;* este termo *não* compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas (artigo 7.2).

O STF utilizou a *definição de tortura* prevista na Convenção da ONU de 1984 (incorporada internamente em 1991) para dar sentido ao tipo estabelecido no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a *tortura*: Pena – reclusão de um a cinco anos – HC

70.389/SP, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, *DJ* de 10-8-2001).

6.2.1. O crime de tortura previsto na Lei n. 9.455/97

A Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, define tortura como sendo "*constranger* alguém com *emprego de violência ou grave ameaça*, causando-lhe *sofrimento físico ou mental*:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa".

Ainda, há o *subtipo de tortura* que consiste em submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar *castigo pessoal* ou *medida* de *caráter preventivo*. Há *outro subtipo de tortura* que determina que, na mesma pena incorre quem submete pessoa *presa* ou sujeita a *medida de segurança* a *sofrimento físico ou mental* por intermédio da prática de *ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal*.

Comparando o disposto nos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil e a Lei n. 9.455/97, nota-se que a *lei brasileira é mais próxima do diploma interamericano*, pois é mais geral que a Convenção da ONU, que considera essencial ser a tortura cometida por agente público ou com sua aquiescência.

Assim, para a Lei brasileira, a tortura exige: 1) sofrimento físico ou mental causado a alguém; 2) emprego de violência ou grave ameaça; 3) para obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; 4) ou para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; 5) ou, então, em razão de discriminação *racial* ou *religiosa.*

O tipo penal nacional não contempla a violência imprópria, por meio de uso de droga ou outra substância análoga. Assim, a tortura provocada pelo uso de droga pode configurar, por exemplo, crime de abuso de autoridade. Por outro lado, o subtipo de tortura relativo à aplicação de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo, bem como o subtipo referente à tortura contra pessoa presa ou sujeita a medida de segurança, são semelhantes ao disposto na Convenção Interamericana. A qualidade de agente público é causa de aumento de pena (de um sexto até um terço) de acordo com a Lei n. 9.455/97.

Por seu turno, o art. 1º, § 6º, da Lei n. 9.455/97 determina que o crime de tortura é *inafiançável* e *insuscetível* de graça e anistia, reproduzindo o art. 5º, XLIII, da CF/88. A lei não impede a concessão do indulto, uma vez que o art. 84, XII, da CF/88, referente ao indulto, nenhuma restrição impõe.

Quanto à *extraterritorialidade da jurisdição* que incumbe ao Brasil pelo art. 7º da Convenção da ONU de 1984*,* o art. 2º da Lei n. 9.455/97 determina que a lei é aplicável – ainda quando o crime não tenha sido cometido no território nacional, *desde que a vítima brasileira* ou *ainda* encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira. Assim, há dois casos de extraterritorialidade: 1) pelo princípio da *personalidade passiva,* quando a vítima da tortura for brasileira; e 2) pelo princípio da *universalidade da jurisdição,* quando o agente encontra-se em território brasileiro.

Por fim, o art. 4º da Lei n. 9.455/97 revogou expressamente o art. 233 da Lei n. 8.069/90

(Estatuto da Criança e do Adolescente). Consequentemente, a tortura realizada em criança ou adolescente é regida pela Lei n. 9.455/97, que, nesse caso, prevê tal situação como *causa de aumento de pena* de um sexto até um terço (art. 1º, § 4º, II). Também é causa de aumento de pena na mesma dosagem o crime contra *gestante, portador de deficiência ou maior de 60 (sessenta) anos*, ou ainda se o crime é cometido mediante sequestro.

QUADRO DA LEI N. 9.544/97

Constitui crime de tortura
A) Constranger alguém com violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a.1) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; a.2) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; a.3) em razão de discriminação racial ou religiosa (cuidado, não é todo tipo de discriminação)
B) Submeter alguém, sob sua *guarda*, *poder* ou *autoridade*, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental: b.1) como forma de aplicar castigo pessoal; b.2) medida de caráter preventivo (intimidação).

6.2.2. O tratamento desumano ou degradante

A Constituição de 1988 prevê a proibição do "tratamento desumano ou degradante" no mesmo inciso III do art. 5º, que veda ainda a tortura. O tratamento desumano ou degradante consiste em toda *conduta que leva a humilhações, rebaixando e erodindo a autoestima e a estima social de uma pessoa, violando sua dignidade*. O tratamento desumano *abarca* o degradante: o tratamento desumano é aquele que humilha e degrada, e, além disso, provoca severo sofrimento físico ou mental irrazoável (por isso, desumano). O tratamento degradante é aquele que cria em suas vítimas o sentimento de inferioridade e humilhação.

Vários precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos confirmam a diferença entre tortura e tratamento desumano. Para a Corte EDH, intérprete da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), a tortura é uma conduta (ação ou omissão) pela qual é imposto intenso *sofrimento* físico ou mental, com uma finalidade que pode ser obter confissão ou informação, castigar, intimidar, em razão de discriminação, quando o responsável *for* agente público. Assim, a tortura seria o *tratamento desumano agravado* e com *finalidade específica*.

No Brasil, a tortura também tem finalidade específica (ver a Lei n. 9.455/97 acima comentada). Os demais tratamentos degradantes podem ser objeto do tipo de *maus-tratos* (art. 136 do CP: "Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua *autoridade, guarda ou vigilância*, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina") ou ainda *abuso de*

autoridade (Lei n. 4.898, de 9-12-1965).

6.2.3. Tortura e penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes como conceito integral. Diferenciação entre os elementos do conceito na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (caso irlandês) e seus reflexos no art. 16 da Convenção da ONU contra a Tortura de 1984

A Convenção contra a Tortura e tratamento desumano e degradante criou uma divisão entre "tortura" e outros atos que constituem tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, mas que não são considerados "tortura", tal como definida no art. 1º da Convenção. De acordo com o art. 16 da Convenção, os Estados se comprometem a *coibir e punir tais atos*, quando forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

A inspiração da redação do art. 16 foi fruto de tratamento desumano a prisioneiros realizado em plena Europa democrática, no seio da luta antiterrorista britânica. Em 1971, o Reino Unido deflagrou a "Operação Demetrius" para reprimir ativistas suspeitos de integrar ou apoiar o IRA (Irish Revolutionary Army) na Irlanda do Norte e deteve quase 350 pessoas. Várias delas foram submetidas às chamadas "5 técnicas" ("*five techniques*") de interrogatório, que consistiam em: obrigação de ficar de pé por horas e horas, usar capuz cobrindo toda a cabeça (retratado em foto célebre de prisioneiro iraquiano na Prisão de *Abu Ghraib*, Iraque, feita por soldados norte-americanos), sujeição a ruído excessivo, privação de sono e privação de comida e água por prazo indeterminado. Tudo voltado para desorientar, enfraquecer, gerar privação de sentidos, intimidar, obtendo a total sujeição do prisioneiro para seus propósitos.

Essas técnicas são comumente conhecidas como "tortura invisível" e foram usadas também por diversas ditaduras no mundo. A Irlanda, então, processou o Reino Unido perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), na primeira demanda interestatal de todo o sistema europeu de direitos humanos[20]. Porém, a Corte EDH, em julgamento de 18 de janeiro de 1978, considerou que tais técnicas não eram tortura, mas sim tratamento cruel e desumano, proibido no art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Por isso, em 1984, a Convenção da ONU quis evitar que Estados utilizassem essas técnicas (e outras) sob a alegação de que não se trataria de "tortura". Pelo art. 16 da Convenção, o tratamento cruel, degradante e desumano também deve ser coibido e punido.

Em 1999, mostrando a evolução do sistema europeu de direitos humanos, a Corte EDH modificou sua posição, citando expressamente a Convenção da ONU contra a Tortura de 1984, no *Caso Selmouni vs. França* e considerou que atos como submeter o prisioneiro a "corredor polonês" (fazê-lo correr entre duas fileiras de policiais e ser espancado), assediá-lo verbalmente pela sua origem árabe, ser alvo de urina de um policial, obrigá-lo a simular sexo oral com um policial, ameaçá-lo com uma seringa, entre diversas outras condutas descritas no caso, foram *além do tratamento degradante e consistiram em tortura*. Para a Corte EDH, a tortura pode ser sintetizada em atos, com características *cruéis e severas*, de violência física e mental, *considerados em seu conjunto*, que causam dor e sofrimento agudo. Com isso, a Corte modificou seu posicionamento, uma vez que adota a *interpretação evolutiva* da Convenção

Europeia de Direitos Humanos (tida como um "instrumento vivo"), sustentando que atos que hoje são caracterizados como degradantes ou desumanos podem, no futuro, ser caracterizados como tortura.

6.2.4. Experimentação humana e seus limites bioéticos: casos de convergência com o conceito de tortura

O uso de seres humanos como cobaias não voluntárias em pesquisas "médicas" pode gerar sofrimento agudo que converge com o conceito de tortura.

Há vários casos dramáticos da história, como os envolvendo experimentos nazistas do Dr. *Josef Mengele* (conhecido como "Anjo da Morte" e morto sob nome falso em Bertioga, São Paulo, em 1979) ou os da *Unidade 731* das forças japonesas de ocupação na China (1933-1945), que levaram à realização de testes sobre a tolerância do corpo humano à dor, à hipotermia, a doenças infecciosas, ao uso intenso de água salgada, entre outros, impondo *sofrimento e dor intensos*.

Em 2009, o Presidente Barack Obama instituiu a *Comissão Presidencial para Estudo de Questões Bioéticas*, que, entre outros, investigou a experimentação não voluntária em seres humanos feita por pesquisadores norte-americanos na Guatemala, durante os anos 40 do século passado, por meio da inoculação de doenças sexualmente transmissíveis (em especial sífilis).

O Direito Internacional Humanitário prevê que é crime de guerra as violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a saber, *qualquer ato de tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas*, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos das Convenções de Genebra (art. 8º, § 2º, do Estatuto de Roma, já incorporado internamente pelo Decreto n. 4.388/2002).

6.3. PRECEDENTES DO STF E DO STJ

> **Integridade Física e Exame Compulsório de DNA em Ação de Investigação de Paternidade. Impossibilidade.** "Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (HC 71.373, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10-11-1994, Plenário, *DJ* de 22-11-1996).
>
> **Integridade Física e Exame de DNA, sem consentimento da mulher, na placenta após sua expulsão do corpo. Possibilidade.** "Coleta de material biológico da placenta, com propósito de fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. (...) Bens jurídicos constitucionais como

‘moralidade administrativa’, ‘persecução penal pública’ e ‘segurança pública’ que se acrescem – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho” (STF, Rcl 2.040-QO, Rel. Min.Néri da Silveira, julgamento em 21-2-2002, Plenário, *DJ* de 27-6-2003).

Algemas e infâmia social. “As algemas, em prisões que provocam grande estardalhaço e comoção pública, cumprem, hoje, exatamente o papel da infâmia social. E esta é uma pena que se impõe antes mesmo de se finalizar a apuração e o processo penal devido, para que se fixe a punição necessária a fim de que a sociedade imponha o direito a que deve se submeter o criminoso. Se a prisão é uma situação pública – e é certo que a sociedade tem o direito de saber quem a ela se submete – é de se acolher como válida juridicamente que se o preso se oferece às providências policiais sem qualquer reação que coloque em risco a sua segurança, a de terceiros e a ordem pública não há necessidade de uso superior ou desnecessário de força ou constrangimento. Nesse caso, as providências para coagir não são uso, mas abuso de medidas e instrumentos. E abuso, qualquer que seja ele e contra quem quer que seja, é indevido no Estado Democrático. A Constituição da República, em seu art. 5º, III, em sua parte final, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e, no inciso X daquele mesmo dispositivo, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra das pessoas. De todas as pessoas, seja realçado. Não há, para o direito, pessoas de categorias variadas. O ser humano é um e a ele deve ser garantido o conjunto dos direitos fundamentais. As penas haverão de ser impostas e cumpridas, igualmente por todos os que se encontrem em igual condição, na forma da lei” (STF, HC 89.429, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-8-2006, Primeira Turma, *DJ* de 2-2-2007).

Algemas e Tratamento degradante no Tribunal do Júri. Réu sem passado de violência. Impossibilidade do uso de algemas. Se não há segurança suficiente, deve ser adiada a sessão do júri. “(...). Diante disso, indaga-se: surge harmônico com a Constituição mantê-lo, no recinto, com algemas? A resposta mostra-se iniludivelmente negativa. (...) Da leitura do rol das garantias constitucionais – art. 5º –, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso. A ele é assegurado o respeito à integridade física e moral – inciso XLIX. (...) Ora, estes preceitos – a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no País – repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. (...) Quanto ao fato de apenas dois policiais civis fazerem a segurança no momento, a deficiência da estrutura do Estado não autorizava o desrespeito à dignidade do envolvido. Incumbia, sim, inexistente o necessário aparato de segurança, o adiamento da sessão, preservando-se

o valor maior, porque inerente ao cidadão" (STF, HC 91.952, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-8-2008, Plenário, *DJE* de 19-12-2008.)

Algemas. Uso permitido para proteger direitos de terceiros ou do próprio acusado. "O uso de algemas durante audiência de instrução e julgamento pode ser determinado pelo magistrado quando presentes, de maneira concreta, riscos a segurança do acusado ou das pessoas ao ato presentes" (STF, Rcl 9.468-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 24-3-2011, Plenário, *DJE* de 11-4-2011).

Tortura e Extradição. Território Palestino, mas ocupado por Israel. Extraterritorialidade da lei, prevista na Convenção da ONU de 1984, no combate à tortura permite a extradição. "(...)a própria natureza do crime de tortura já autoriza a flexibilização da regra geral de competência jurisdicional penal (o princípio da territorialidade da lei incriminadora). (...). Quero dizer: em matéria de delito de tortura, abre-se a oportunidade para que os Estados-partes estabeleçam a sua própria jurisdição criminal, ainda que os delitos objeto de eventual pedido de extradição *extrapolem os limites das respectivas fronteiras*. Sendo assim, e a partir da simples leitura das alíneas 'b' e 'c' do parágrafo 1º do Artigo 5º, combinado com o parágrafo 4º do Artigo 8º da 'Convenção contra a Tortura', basta a nacionalidade do autor (princípio da nacionalidade ativa) ou da suposta vítima (princípio da nacionalidade passiva) para que o Governo requerente possa, legitimamente, subscrever o pedido de extradição. Isto, não me custa repetir, com apoio na regra da extraterritorialidade da lei criminal, expressamente autorizada pela referida Convenção. (...)" (STF, Ext 1122, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento de 21-5-2009).

Tortura e criança. Caracterização. "Tenho para mim, desse modo, que o policial militar que, a pretexto de exercer atividade de repressão criminal em nome do Estado, inflige, mediante desempenho funcional abusivo, *danos físicos a menor momentaneamente sujeito ao seu poder de coerção*, *valendo-se desse meio executivo para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito*, pratica, inequivocamente, o *crime de tortura*, tal como tipificado pelo art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, expondo-se, em função desse comportamento arbitrário, a todas as consequências jurídicas que decorrem da Lei 8.072/1990 (art. 2º), editada com fundamento no art. 5º, XLIII, da Constituição" (HC 70.389, voto do Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-6-1994, Plenário, *DJ* de 10-8-2001.) **O artigo 233 foi expressamente revogado pela Lei n. 9.455/97, que rege o tema no Brasil.**

Tortura e criança. Caracterização. "(...) Ressai dos fatos narrados na denúncia que a paciente tinha a guarda provisória e precária da vítima e a submeteu a intolerável e intenso sofrimento psicológico e físico ao praticar, em continuidade delitiva, *diversas agressões verbais e violência física, de forma a caracterizar o crime de tortura* descrito no art. 1º, inciso II, combinado com o § 4º, inciso II da Lei 9.455/97" (STJ, HC 172.784/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em 3-2-2011, 5ª Turma, *DJU* de 21-2-2011).

Dano Moral imprescritível em caso de tortura, não incidência da prescrição quinquenal de ações contra a Fazenda Pública. "O dano noticiado, caso seja

provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de *tortura* é hediondo. A *imprescritibilidade* deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais consequentes da sua prática" (STJ, REsp 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 17-2-2003). No mesmo sentido: "Tortura. Dano moral. Fato notório. Nexo causal. Não incidência da prescrição quinquenal –- art. 1º Decreto 20.910/1932. *Imprescritibilidade*. (...) 11. A dignidade humana desprezada, *in casu*, decorreu do fato de ter sido o autor torturado revelando flagrante violação a um dos mais singulares direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e *imprescritíveis*.(...)" (STJ, REsp 1165986/SP, Min. Luiz Fux, julgamento em 16-11-2010, *DJU* de 4-2-2011).

7. Liberdade de pensamento e expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação

Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
Art. 5º, V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
Art. 5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

7.1. CONCEITO E ALCANCE

A liberdade de expressão consiste no *direito de manifestar, sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza.* Por isso, abrange a produção intelectual, artística, científica e de comunicação de quaisquer ideias ou valores. Para o STF, a liberdade de expressão engloba a *livre manifestação do pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica* (HC 83.125, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-9-2003, Primeira Turma, *DJ* de 7-11-2003).

A forma *não* é relevante: o STF decidiu que o *gesto* de *mostrar as nádegas* em público, em reação a críticas da plateia em um teatro, ainda que a conduta seja "inadequada e deseducada", está inserido na liberdade de expressão (HC 83.996/RJ Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-8-2004).

A liberdade de expressão é prevista, inicialmente, no art. 5º, IV, da CF. Há, contudo, dispositivos constitucionais correlatos, como o art. 5º, VI, que dispõe sobre a liberdade religiosa (ver abaixo), ou ainda o art. 5º, IX, que prevê a liberdade intelectual, artística, científica e de comunicação, *independentemente de censura e licença* e o art. 5º, XIV, que assegura o direito ao acesso à informação.

Esses direitos, em seu conjunto, demonstram que a liberdade de expressão possui duas facetas: a que assegura a expressão do pensamento e a que assegura o direito dos demais de receber, sob qualquer forma ou veículo, a manifestação do pensamento de outrem. Nessa linha, a Declaração Universal de Direitos Humanos é clara: a liberdade de opinião e expressão

inclui o direito de, sem interferência, *ter opiniões* e de *procurar*, *receber* e *transmitir* informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (artigo XIX).

A Constituição de 1988 protege a liberdade de manifestação do pensamento também em outro título da Constituição (Título VIII, referente à "ordem social"), no capítulo da "Comunicação Social". O art. 220, *caput*, prevê, novamente, a liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e informação, sob qualquer forma e veículo. O art. 220, § 1º, assegura a liberdade de informação *jornalística* em qualquer veículo de comunicação social e seu § 2º veda expressamente qualquer censura de natureza política, artística ou ideológica.

A *repetição* da *vedação da censura* (arts. 5º, IX, e 220, § 2º) não deixa qualquer dúvida sobre a orientação constitucional a favor da liberdade de manifestação, contrária a qualquer forma de censura.

A censura consiste em ato estatal de direcionamento ou vedação da expressão do indivíduo ou da imprensa, o que é proibido pela Constituição. Para o STF, "não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas" (ADI 4.451-REF-MC, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, *DJE* de 1º-7-2011.) e ainda "(...) a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões" (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009).

7.2. A PROIBIÇÃO DO ANONIMATO, DIREITO DE RESPOSTA E INDENIZAÇÃO POR DANOS

A liberdade de expressão encontra uma série de limitações explícitas na própria Constituição de 1988. Inicialmente, o art. 5º, IV, assegura que é livre a manifestação do pensamento, mas veda expressamente o *anonimato*.

Essa proibição do anonimato gerou importante discussão sobre as investigações policiais amparadas nos chamados "Disque-Denúncia", nos quais o anonimato do noticiante é assegurado. A visão consolidada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça determina que a delação anônima (*notitia criminis inqualificada*) enseja a "diligências preliminares", que, se confirmarem minimamente o alegado na peça apócrifa (anônima), ensejam a instauração de inquérito policial. Essas *diligências preliminares* são medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, a verossimilhança dos fatos noticiados anonimamente, a fim de promover, então, em caso positivo, a formal instauração da investigação criminal (ver, entre outros, STF, Inq 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 11-5-2005, Plenário, *DJ* de 11-11-2005). A peça anônima não pode, *per se,* gerar a imediata instauração de inquérito policial ou ação penal.

Já no inciso V fica consagrada a *contrapartida* do direito à livre manifestação em uma sociedade democrática: a todos também é assegurado *o direito de resposta e a indenização proporcional ao dano ocasionado pela manifestação de pensamento de outrem.*

O direito de resposta consiste na possibilidade de *replicar* ou de *retificar* matéria publicada, sendo invocável por aquele que foi ofendido em sua honra objetiva ou subjetiva

(ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009).

Já a indenização proporcional ao dano abarca tanto os danos materiais quanto os morais. Há muitas discussões sobre valores excessivos fixados pelo Judiciário. A antiga Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) protegia as empresas de comunicação ao estipular um teto para tais valores indenizatórios, o que não foi aceito pelo STF, que considerou que "toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República" (RE 447.584, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-11-2006, Segunda Turma, *DJ* de 16-3-2007).

A linha adotada pela Constituição de 1988 sinaliza que a liberdade de manifestação gera também responsabilização daqueles que dela abusam.

Nesse sentido é também a posição dos textos internacionais de direitos humanos. A Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe, em seu art. 13, que a liberdade de expressão não pode estar sujeita à censura prévia, *mas* a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei, devendo ainda a lei proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. A Convenção Europeia de Direitos Humanos bem sintetiza a *tensão entre a liberdade de expressão e outros direitos humanos*, ao dispor que a liberdade de expressão não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, em uma sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem (art. 9º).

Veremos os principais casos nos quais foram debatidos os limites à liberdade de expressão.

7.3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O "DISCURSO DE ÓDIO" (*HATE SPEECH*)

O discurso de ódio (*hate speech*) consiste na manifestação de valores discriminatórios, que ferem a igualdade, ou de incitamento à discriminação, violência ou a outros atos de violação de direitos de outrem. Essa terminologia acadêmica é de extrema atualidade no Brasil e em diversos países no mundo, em face do discurso neonazista, antissemita, islamofóbico, entre outras manifestações de pensamento odiosas.

O STF debateu o caso no chamado "Caso Ellwanger", no qual, entre outros temas, foram discutidos os limites da liberdade de expressão e seu alcance no caso da publicação de obras antissemitas. De acordo com a maioria dos votos (vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que valorizaram a liberdade de expressão), não há garantia constitucional absoluta. Ou seja, as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites explícitos e implícitos (fruto da proporcionalidade e ponderação com outros direitos) previstos na Constituição e nos tratados de direitos humanos. A liberdade de expressão não pode ser invocada para abrigar "manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal". Em vários votos, como, por exemplo, o do Min. Gilmar Mendes, foram feitas referências à colisão entre a liberdade de

expressão e o direito à igualdade, bem como à dignidade humana. No caso, preponderou o direito à igualdade e a dignidade humana, admitindo-se que não era caso de se privilegiar a liberdade de expressão de ideias racistas antissemitas.

Consequentemente, decidiu o STF que o "preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica" (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004).

Nesse sentido, cabe lembrar o alerta de Daniel Sarmento, que, comparando a visão norte-americana de liberdade de expressão com a brasileira, ponderou que a concepção norte-americana é uma *concepção ultra-libertária*, sendo um verdadeiro fim em si mesma (não admitindo restrições), e não um instrumento[21].

Já no Brasil, adotamos a visão da "liberdade de expressão responsável", ou seja, com limites *explícitos* (por exemplo, a vedação ao anonimato, direito de resposta, indenização proporcional ao dano) e *implícitos* (ponderação com os demais direitos, que, no caso da divulgação de ideias racistas, vulnera o direito à igualdade).

7.4. LEI DE IMPRENSA E REGULAMENTAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como visto acima, a liberdade de expressão é tratada tanto no "rol do art. 5º" quanto no capítulo da comunicação social. Essa repetição não é acidental: a comunicação de massa, em diversos países democráticos, é sujeita a regulamentação específica, diferente da que rege a comunicação entre indivíduos.

A liberdade de informação jornalística decorre da liberdade de expressão, mas dela difere: na liberdade de expressão, predomina o *discurso direto do emitente*, que veicula suas ideias e valores; na liberdade de informação predomina o *discurso indireto do emitente*, que noticia e veicula fatos ou falas de outrem.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 reiterou o direito à livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação (art. 220, *caput*), vedando a edição de leis que venham a restringir à liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1º), e ainda também proibiu qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220, § 2º).

Porém, a CF/88 regulou fortemente o conteúdo transmitido pela comunicação de massa das emissoras de rádio e televisão (que são concessões públicas), ao dispor, em diversos incisos do art. 221, que esses meios devem observar em sua programação uma "preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas" (inciso I), além de zelar pela "promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação" (inciso II), e devem esses veículos acatar a "regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei" (inciso III), e, finalmente, devem obedecer aos "valores éticos e sociais da família" (inciso IV).

Na jurisprudência do STF, prevalece o espírito liberal de valorização da liberdade de

expressão, mesmo na comunicação de massa. Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, o STF considerou como totalmente não recepcionada pela ordem constitucional a Lei n. 5.250/67 (denominada "Lei da Imprensa").

Para o STF, o conjunto desses dispositivos constitucionais referentes à "Comunicação Social" (Capítulo V do Título VIII da CF/88) demonstra que os veículos de comunicação de massa representam uma "instituição-ideia", influenciando cada pessoa e auxiliando a formar a opinião pública.

Nessa linha, o STF sustentou que o capítulo constitucional da comunicação social representa um *prolongador de direitos* que são emanações da dignidade da pessoa humana: a livre manifestação do pensamento e o direito à informação e à expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Portanto, para o STF, a liberdade de informação jornalística é expressão sinônima de liberdade de imprensa, constituindo-se em um patrimônio imaterial do povo e "irmã siamesa da democracia". Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público". No final, o STF decidiu que, apesar da não recepção da Lei n. 5.250/67, o direito de resposta, nela regulamentado, *ainda é cabível*, uma vez que é fruto direto do art. 5º, V, da CF/88.

7.5. LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM PERÍODO ELEITORAL

O Direito Eleitoral brasileiro, sob a justificativa de impedir *manipulação* do eleitorado, *ofensa à isonomia* entre os candidatos ou *favorecimento* pela mídia de determinado candidato, possui diversos dispositivos de regulamentação da liberdade de expressão no período eleitoral.

Um dos primeiros casos suscitados no STF, ainda em 1994, foi a vedação à utilização de gravações externas, montagens ou trucagens na propaganda eleitoral gratuita. O STF decidiu que essas restrições são constitucionais, uma vez que o acesso ao rádio e à televisão, sem custo para os partidos, dá-se a expensas do erário e deve ocorrer na forma que dispuser a lei, consoante disposição expressa na Carta Federal (art. 17, § 3º). Essas restrições são *proporcionais,* na ótica do STF, pois visam eliminar desequilíbrios, fruto do poder econômico (por exemplo, vedando computação gráfica e efeitos especiais), assegurando-se a isonomia entre os candidatos (ADI 956, Rel. Min. Francisco Rezek, julgamento em 1º-7-2004, Plenário, *DJ* de 20-4-2001).

Em 2002, o STF analisou a constitucionalidade da proibição da participação, na propaganda partidária, de pessoa filiada a partido que não o responsável pelo programa (art. 45, § 1º, da Lei n. 9.096/95). Para o STF, essa restrição é constitucional, pois a propaganda partidária "destina-se à difusão de princípios ideológicos, atividades e programas dos partidos políticos, caracterizando-se desvio de sua real finalidade a participação de pessoas de outro partido no evento em que veiculada" (ADI 2.677-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-6-2002, Plenário, DJ de 7-11-2003.)

Em 2006, o STF reconheceu a *inconstitucionalidade* do art. 35-A inserido na Lei n. 9.504/97 ("Lei das Eleições"), que vedava a *divulgação* de *pesquisas eleitorais* a partir do décimo quinto dia anterior até às dezoito horas do dia do pleito. Decidiu o STF que essa regra

ofendeu o direito à informação garantido pela Constituição Federal e a liberdade de expressão política, sendo, "à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com o objetivo pretendido pela legislação eleitoral que é, em última análise, o de permitir que o cidadão, antes de votar, forme sua convicção da maneira mais ampla e livre possível" (ADI 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-9-2006, Plenário, *DJ* de 23-2-2007, Informativo 439 do STF).

Finalmente, em 2011, o STF declarou *inconstitucional* as proibições às emissoras de rádios e televisões, na programação normal e noticiários, de uso de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, *degradem* ou *ridicularizem* candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito, a partir de 1º de julho do ano de eleições (art. 45, II, da Lei n. 9.504/97). Nesse caso, o STF fez valer a liberdade de imprensa das empresas de rádio e televisão, que, até aquele momento, estavam impedidas de veicular os tradicionais programas humorísticos expondo criticamente a imagem dos candidatos (ou os próprios) a situações cômicas.

Quanto ao art. 45, , da mesma Lei (proibição de veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes), o STF deu interpretação conforme à Constituição para considerar conduta vedada, aferida *a posteriori* pelo Poder Judiciário, a veiculação, por emissora de rádio e televisão, de crítica ou matéria jornalísticas que *venham a descambar* para a propaganda política, passando, nitidamente, a favorecer uma das partes na disputa eleitoral, de modo a desequilibrar o "princípio da paridade de armas" (ADI 4.451-REF-MC, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, *DJE* de 1º-7-2011). Essa interpretação conforme permite a matéria jornalística ou crítica opinativa, somente impedindo a chamada "propaganda dissimulada ou disfarçada".

7.6. OUTROS CASOS DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUAS RESTRIÇÕES NO STF

> **Proteção da Criança e Adolescente e liberdade de expressão e informação. Restrição prevista na lei e não na Constituição. Inconstitucionalidade.** "Divulgação total ou parcial, por qualquer meio de comunicação, de nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. Publicidade indevida. Penalidade: suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. Inconstitucionalidade. A Constituição de 1988 em seu art. 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição" (ADI 869, Rel. p/o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 4-8-1999, Plenário, *DJ* de 4-6-2004).
>
> **Proibição judicial que impede órgão de imprensa de divulgar teor sigiloso de**

investigação policial. Não é caso de ofensa à ADPF 130. "Liberdade de imprensa. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre a liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, X e XII, e 220, *caput*, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADPF 130 a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça" (Rcl 9.428, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 10-12-2009, Plenário, *DJE* de 25-6-2010).

Tribunal de Contas da União e anonimato permanente do noticiante de irregularidade. Impossibilidade. "A Lei 8.443, de 1992, estabelece que qualquer cidadão, partido político ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU. A apuração será em caráter sigiloso, até decisão definitiva sobre a matéria. Decidindo, o Tribunal manterá ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia (§ 1º do art. 55). Estabeleceu o TCU, então, no seu Regimento Interno, que, quanto à autoria da denúncia, será mantido o sigilo: inconstitucionalidade diante do disposto no art. 5º, V, X, XXXIII e XXXV, da CF" (MS 24.405, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 3-12-2003, Plenário, *DJ* de 23-4-2004).

Disque-Denúncia. Anonimato. Necessidade de diligências criminais preliminares para só depois instaurar o inquérito policial. "(...) Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve *antes realizar diligências preliminares* para averiguar se os fatos narrados nessa 'denúncia' são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações. 2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais federais diligenciaram no sentido de apurar as identidades dos investigados e a veracidade das respectivas ocupações funcionais, tendo eles confirmado tratar-se de oficiais de justiça lotados naquela comarca, cujos nomes eram os mesmos fornecidos pelos 'denunciantes'. Portanto, os procedimentos tomados pelos policiais federais estão em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito. 3. *Habeas corpus* denegado" (HC 95.244, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 23-3-2010, publicado no *DJ* em 30-4-2010).

8. Liberdade de consciência e liberdade religiosa

Art. 5º, VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Art. 5º, VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

Art. 5º, VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

8.1. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

A liberdade de consciência consiste no *direito de possuir, inovar, expressar ou até desistir de opiniões e convicções*, assegurando-se o *direito de agir* em consonância com tais valores. A liberdade de pensamento (*vide* acima) abarca a liberdade de consciência, mas sua especificação na Constituição realça a importância de se assegurar a livre formação e exteriorização de convicções e valores.

A própria Constituição valoriza a liberdade de consciência ao prever a chamada "escusa de consciência" (ou ainda "imperativo de consciência" ou "objeção de consciência"), que consiste na possibilidade de invocar convicção filosófica, política ou religiosa para não cumprir obrigação legal a todos imposta, devendo cumprir prestação alternativa fixada em lei.

No caso do serviço militar obrigatório, o art. 14, § 1º, dispõe que às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir *serviço alternativo* aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência (pacifistas, por exemplo), entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

A Lei n. 8.239/91 prevê que tal *serviço alternativo* será prestado em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos Ministérios Civis, mediante convênios entre estes e os Ministérios Militares, desde que haja interesse recíproco e, também, sejam atendidas as aptidões do convocado. O indivíduo realizará atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar. Ao final do período, será conferido *Certificado de Prestação Alternativa ao Serviço Militar Obrigatório*, com os mesmos efeitos jurídicos do *Certificado de Reservista*.

Caso haja recusa ou cumprimento incompleto do Serviço Alternativo por motivo de responsabilidade pessoal do interessado, não será emitido o certificado, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período que ele teria que ter cumprido. Após esses dois anos, o certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade competente, da *suspensão dos direitos políticos do inadimplente*, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas.

Apesar de minuciosa, a Lei n. 8.239/91 *não* foi implementada pela União até 2011. Até que tal situação seja alterada, os jovens alistados que alegaram "imperativo de consciência" receberam o "Certificado de Dispensa de Serviço Alternativo", *sem qualquer outro ônus*. Mais de 40 mil jovens, de 2002 a 2006, invocaram o "imperativo de consciência", segundo os

dados do Departamento de Mobilização do Ministério da Defesa, que constam de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em litisconsórcio com o Ministério Público Militar, perante a Justiça Federal de Santa Maria (RS). Em 2011, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou a apelação dessa ação e decidiu que "os mais de vinte anos de vigência da regra da escusa de consciência sem a devida implementação, bem como a ausência de informação clara pelos órgãos responsáveis a respeito do direito", resultam no *dever da União* de implementar tal serviço alternativo em um prazo de três anos (Ação Civil Pública, Ap. Cív. 2008.71.02.000356-3/RS. Rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, julgamento em 16-3- 2011).

Quanto à obrigação de servir como *jurado* no Tribunal do Júri, dispõe o art. 438 do CPP que a recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar *serviço alternativo*, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto. Esse serviço alternativo consiste no exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins. Cabe ao juiz fixar o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 438, §§ 1º e 2º, do CPP).

No tocante às obrigações eleitorais, o Código Eleitoral prevê que o eleitor que, sendo obrigado (o voto no Brasil é obrigatório a todos os brasileiros, alfabetizados, dos 18 aos 70 anos), deixar de votar e não se justificar até 60 dias após a realização da eleição deverá pagar multa (art. 7º do CE). A inscrição eleitoral será cancelada nos seguintes casos se o eleitor, por três eleições consecutivas não votar, nem justificar a sua ausência ou, finalmente, não pagar a multa por não ter votado e não ter justificado. Com o cancelamento da inscrição, ele não poderá exercer seus direitos políticos, até que cumpra suas obrigações eleitorais *pagando a multa*.

No caso da alegação, pelo eleitor, de convicções filosóficas contrárias a sua participação no processo eleitoral (como eleitor ou mesário), não há "prestação alternativa" como prevê a Constituição. O pagamento de multa *não serve* como "serviço alternativo", pois tem cunho punitivo, o que não é o caso do serviço alternativo preconizado pela Constituição de 1988.

8.2. LIBERDADE DE CRENÇA OU DE RELIGIÃO

A liberdade de crença e religião é faceta da liberdade de consciência, consistindo no direito de *adotar* qualquer crença religiosa ou *abandoná-la* livremente, bem como *praticar* seus ritos, cultos e manifestar sua fé, *sem* interferências abusivas.

A proteção da liberdade de crença ou religião impede a punição daquele que a invoca para não cumprir obrigação legal a todos imposta, como vimos acima na análise da "escusa de consciência", como também impede que alguém seja *obrigado a acreditar* em algum culto ou religião ou *impelido a renunciar* ao que acredita.

Fica estabelecido o marco de tolerância a toda e qualquer religião, devendo o Estado ter uma postura de *neutralidade* sem favorecer ou prejudicar qualquer uma delas. O art. 19 da CF qualifica o Estado brasileiro como *Estado laico,* uma vez que veda a qualquer ente federativo *estabelecer* cultos religiosos ou igrejas, *subvencioná-los*, *embaraçar-lhes* o funcionamento

ou *manter* com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, *a colaboração de interesse público*.

A *laicidade* do Estado, no Brasil, foi consagrada somente na Constituição de 1891 e suas sucessoras. Na Constituição imperial de 1824, houve a adoção da religião católica como oficial do Estado (Estado Confessional, art. 5º) e prevalecia o *regalismo,* que consiste na subordinação da Igreja ao Estado em seus assuntos internos (por exemplo, pelo art. 102, II, cabia ao Imperador nomear os Bispos).

Por outro lado, há outros comandos da Constituição de 1988 que fazem remissão à fé e a religiões, a saber:

1) a expressão "sob a proteção de Deus" no Preâmbulo da CF/88;

2) a escolha do descanso semanal "preferencialmente aos domingos" prevista no art. 7º, XV, fruto do dia do descanso preconizado pelo cristianismo;

3) a previsão de colaboração do Estado com entes religiosos, caso isso seja "de interesse público" (art. 19, I);

4) a previsão de dispensa do serviço militar obrigatório em tempo de paz aos eclesiásticos (art. 143, § 2º);

5) a previsão do ensino religioso, de matrícula facultativa, como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, § 1º);

6) o art. 5º, VII, assegura, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

Quanto ao conteúdo do ensino religioso em escolas públicas, há duas visões sob o tema. A primeira visão, tradicional, sustenta que o ensino tem *conteúdo vinculado ao ensino dos dogmas de determinada fé*, devendo ser ofertadas várias opções aos alunos, de acordo com o interesse, podendo ser os professores vinculados a igrejas ou cultos, sendo vedado qualquer forma de doutrinação ou proselitismo.

A segunda visão defende que o ensino religioso em escola pública deve consistir na *exposição das doutrinas e história das religiões*, bem como da análise de posições não religiosas, como o ateísmo e o agnosticismo – sem qualquer tomada de partido por parte dos educadores, que devem ser professores da própria rede pública. Essa segunda posição foi defendida pela Procuradoria-Geral da República, ao propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439/2010 (ainda não julgada) perante o Supremo Tribunal Federal, questionando a Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) e a Concordata Brasil-Santa Sé (tratado incorporado internamente pelo Decreto 77.107/2010).

Quanto à prestação de assistência religiosa nos estabelecimentos civis e militares de internação coletiva (quartéis, presídios, hospitais públicos, entre outros), há um direito que exige do Estado a implementação das condições materiais mínimas para a realização do culto, sem discriminação de qualquer um, desde que solicitados pelos internos.

8.3. LIMITES À LIBERDADE DE CRENÇA E RELIGIÃO

Há limites à liberdade de crença e religião, que são oriundos da necessária convivência com outros direitos e valores constitucionais. Entre as situações analisadas pelo Judiciário

estão:

1) Colisão entre a liberdade de religião, no que diz respeito à liberdade de culto, e o direito à integridade psíquica, no caso do uso de alto-falantes, com ruídos acima do permitido. Há ponderação de valores, não podendo a liberdade de religião impor, de modo desproporcional, ofensa ao sossego e descanso dos demais, que compõem o direito à integridade psíquica e à saúde.

2) Solicitação de data alternativa para realização de exames e concursos públicos. Há diversas ações judiciais e pleitos administrativos no Brasil que exigem a mudança de datas de provas e exames em nome de *crença de candidato que o impede de realizar a prova no dia ou horário previsto ordinariamente*. Em alguns casos, é possível que o pedido do candidato seja atendido pela própria Administração, sem maiores ônus e sem que a igualdade entre os candidatos seja afetada (pela realização de prova de conteúdo diferente em outra data), como, por exemplo, a realização de prova em *horário diferente* porém com incomunicabilidade do candidato beneficiado, evitando a quebra do sigilo da prova, que será a mesma para todos. Porém, em vários casos, o indivíduo pleiteia que a prova seja diferente, o que torna impossível a manutenção da *igualdade no concurso*: a prova terá que ser diferente para o candidato que alegou óbice religioso para fazer no mesmo dia dos demais candidatos. Teremos, então, a necessidade de se ponderar o dispositivo constitucional da *igualdade* (art. 5º, *caput*) e a liberdade de religião (art. 5º, VIII), que proíbe a privação de direitos devido à crença religiosa. Defendemos que é possível conciliar esses dois direitos na maior parte dos casos, como, por exemplo, pelo uso da diferenciação de horários com incomunicabilidade do candidato que alega óbice religioso para não fazer no horário normal (uso do critério da *concordância prática* entre esses dois direitos, ou ainda da *acomodação razoável*). O STF, em 2011, reconheceu a repercussão geral dessa questão no Recurso Extraordinário 611.874, ainda não julgado, tendo como relator o Min. Dias Toffoli.

3) Posição *provisória* do STF recusando mudança de data do ENEM para aluno da fé judaica. Prevalência da igualdade em detrimento da liberdade de religião. “Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal *a quo* que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao *Shabat*. (...) Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames *não se revela em sintonia com o princípio da isonomia*, convolando-se em privilégio para um determinado grupo religioso” (STA 389-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2009, Plenário, *DJE* de 14-5-2010).

4) Recusa de tratamento médico por motivo religioso. A recusa de determinado tratamento médico por motivo religioso é também tema polêmico. Há vários casos nos quais o paciente alega impedimento religioso para recusar determinado tratamento (por exemplo, *recusa de transfusão de sangue* por Testemunhas de Jeová), pondo em risco sua própria vida. Em que pese a decisões judiciais de 1º grau autorizando médicos a desconsiderar a vontade do próprio paciente, entendemos, como aponta Barroso, que *cabe ao paciente*, com a ressalva daqueles que não podem expressar de modo pleno sua vontade (os interditados, as crianças e adolescentes), *a escolha do tratamento*, em nome da liberdade e de sua autonomia. Para Barroso, a liberdade de religião é um direito fundamental que concretiza uma “escolha

existencial que deve ser respeitada pelo Estado e pela sociedade". A recusa do paciente em se submeter a procedimento médico, por motivo de crença religiosa, "configura manifestação da autonomia do paciente, derivada da dignidade da pessoa humana". O próprio autor citado ressalva que o *consentimento* deve ser *genuíno*, ou seja, válido, inequívoco, livre e informado[22].

5) Colocação de crucifixos em órgãos públicos e, em especial, nas salas de audiência e sessões dos Tribunais. Outro tema debatido é a colocação de símbolos de uma religião específica em repartições públicas do Estado laico brasileiro. Para os defensores da inexistência de impedimento constitucional à colocação de *crucifixos* em salas de audiência, plenários, entre outros órgãos públicos, trata-se de *manifestação cultural*, típica de um país cuja população é majoritariamente católica, que não indica preferência do Estado por uma religião ou outra. Para os opositores dessa prática comum no Poder Público brasileiro, a existência do crucifixo ou de outros símbolos religiosos sinaliza uma *conduta confessional* por parte da administração pública, que não poderia custear (com dinheiro público) um símbolo e nem afixá-lo em local público, pois não seria um dos símbolos nacionais (bandeira, hino, armas e selos nacionais) previstos no art. 13 da CF/88. No Brasil, a existência, inclusive no Plenário do Supremo Tribunal Federal, do crucifixo católico foi questionada judicialmente também perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em 2007, o CNJ *rejeitou*, por maioria, quatro pedidos de providência (1.344, 1.345, 1.346 e 1.362) que exigiam a retirada dos crucifixos em dependências de órgãos do Poder Judiciário. Para o CNJ, os crucifixos e objetos da religião católica existentes nos Tribunais são símbolos da cultura brasileira, amparados no art. 215 da Constituição (que trata da cultura), não interferindo na imparcialidade e universalidade do Poder Judiciário. O único voto vencido, o do Conselheiro Paulo Lobo, defendeu que, no âmbito público do Estado laico não é cabível demonstrações como o uso de símbolos religiosos específicos. O próprio STF acata esse posicionamento majoritário no CNJ, pois na *sala do Plenário do STF* se encontra, ao fundo, acima do escudo de armas brasileiro, um *crucifixo*.

9. Direito à intimidade e vida privada, honra e a imagem

> *Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*
>
> *Art. 5º, XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*
>
> *Art. 5º, XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*

9.1. CONCEITO: DIFERENÇA ENTRE PRIVACIDADE (OU VIDA

PRIVADA) E INTIMIDADE

O direito à privacidade consiste na faculdade de se *optar por estar só* e *não ser perturbado em sua vida particular*, formando uma esfera de autonomia e exclusão dos demais e evitando que, sem o consentimento do titular ou por um interesse público, nela se intrometam terceiros.

Assim, o direito à privacidade é um direito fundamental que permite que seu titular impeça que determinados aspectos de sua vida sejam submetidos, contra a sua vontade, à publicidade e a outras turbações feitas por terceiros.

O direito à privacidade ou vida privada engloba, de acordo com a doutrina, o direito à intimidade. Para Alexandre de Moraes e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a intimidade relaciona-se às *relações subjetivas e de trato íntimo* de uma pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto privacidade ou vida privada é *mais ampla* e envolve todos os relacionamentos sociais, inclusive as relações comerciais, de trabalho e de estudo[23].

A privacidade foi consagrada por Warren e Brandeis, que, em artigo intitulado “Right to Privacy”, publicado em 1890[24], deram releitura ao “direito de estar só”, sustentando que este abarcava as várias manifestações do *modo de ser de um indivíduo*, como suas cartas, desenhos, gestos e conversas, que mereciam proteção mesmo diante dos meios de comunicação social. Desde então, houve intenso desenvolvimento da proteção da privacidade, trazendo debates sobre seu alcance e conteúdo, em especial no momento de globalização e aumento incessante do fluxo de informação entre as pessoas.

Para auxiliar o entendimento sobre a dinâmica da *proteção da privacidade* é utilizada a *teoria das esferas ou círculos concêntricos*[25]. De acordo com essa teoria, a privacidade ou vida privada em sentido amplo contempla *três círculos concêntricos*: a vida privada em sentido estrito, o círculo da intimidade e o círculo do segredo.

O círculo da *vida privada em sentido estrito* consiste no conjunto de relações entre o titular e os demais indivíduos, contendo informações de conteúdo material (por exemplo, dados sobre a riqueza de alguém) e também sentimentos, porém de caráter superficial e de menor impacto sobre a intimidade, como, por exemplo, as amizades comuns. No círculo da vida privada em sentido estrito são contidos os sigilos de âmbito patrimonial (fiscal, bancário) e de *dados* das mais diversas ordens (registros telefônicos, dados telemáticos, entre outros).

Já o *círculo da intimidade* é composto pelo conjunto de manifestações (informações, imagens, gestos, entre outros), só compartilhados com familiares e amigos próximos e, no máximo, com profissionais submetidos ao sigilo profissional. Nesse círculo encontra-se a previsão da proibição da *intrusão* de terceiros no domicílio (inviolabilidade do domicílio prevista no art. 5º, IX, da CF/88) e ainda a proteção do *acesso indevido* e *publicização* do *conteúdo* das comunicações pelos mais diversos meios, gerando o sigilo do conteúdo telemático, epistolar, telefônico, entre outros.

Finalmente, no *círculo do segredo*, há todas as manifestações e preferências íntimas que são componentes confidenciais da personalidade do titular, envolvendo suas opções e sentimentos que, por sua decisão, devem ficar a salvo da curiosidade de terceiros.

A teoria das esferas ou círculos concêntricos parte do pressuposto de que a proteção da intimidade depende da conduta do próprio titular, que, a partir de escolhas pessoais, decide o que vai partilhar ou não com o público. O Código Civil de 2002 obedeceu o comando constitucional, dispondo, em seu art. 21, que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

9.2. DIREITO À HONRA E À IMAGEM

O direito à privacidade desdobra-se, com base na Constituição de 1988, na proteção do *direito à honra e direito à imagem*. O direito à honra consiste na preservação da reputação de determinada pessoa perante a sociedade (honra objetiva) ou da dignidade e autoestima de cada um (honra subjetiva). A pessoa jurídica possui somente a honra objetiva.

O *direito à imagem* consiste na faculdade de controlar a exposição da própria imagem para terceiros. Esse controle da exposição da imagem veda tanto a divulgação quanto montagem, inclusive diante dos meios de comunicação e abrangendo tanto a pessoa física quanto a jurídica.

O direito à imagem foi tratado no STF na análise da exposição de pessoas algemadas, o que constituiria uma “infâmia social”, ofendendo o disposto no art. 5º, X (direito à imagem). Para a Min. Cármen Lúcia, “(...) as algemas, em prisões que provocam grande estardalhaço e comoção pública, cumprem, hoje, exatamente o papel da infâmia social. (...) A Constituição da República, em seu art. 5º, III, em sua parte final, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e, no inciso X daquele mesmo dispositivo, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra das pessoas. De todas as pessoas, seja realçado. Não há, para o direito, pessoas de categorias variadas. O ser humano é um e a ele deve ser garantido o conjunto dos direitos fundamentais. As penas haverão de ser impostas e cumpridas, igualmente por todos os que se encontrem em igual condição, na forma da lei” (HC 89.429, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-8-2006, Primeira Turma, *DJ* de 2-2-2007).

Também é cabível a indenização no caso de publicação de fotografia não consentida, sendo admitida a cumulação do dano material com dano moral, pois “a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X” (STF, RE 215.984, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-6-2002, Segunda Turma, *DJ* de 28-6-2002).

9.3. DIREITO À PRIVACIDADE E SUAS RESTRIÇÕES POSSÍVEIS

O direito à privacidade convive, no texto constitucional e nos tratados de direitos humanos, com o direito à informação e com a liberdade de imprensa.

A primeira restrição ao direito à privacidade é oriunda da *própria conduta do titular*. Caso o titular exponha sua imagem e conduta ao público, não poderá rechaçar a divulgação de sua imagem-retrato incluída no próprio cenário público do qual participa (caso de um

comício, de uma manifestação popular, entre outros). Também aqueles que vivem da exploração da imagem (celebridades) ou atuam na vida política, aceitam maior exposição das diversas manifestações de sua conduta, não podendo, depois, invocar o direito à privacidade para impedir a divulgação de fatos considerados desabonadores.

Entretanto, mesmo as figuras públicas possuem o direito à privacidade, em especial no que diz respeito ao círculo da intimidade e do segredo, em ambientes fechados ou reservados. Por isso, viola a intimidade a atitude de fotografar, sem autorização, com teleobjetivas, celebridades em seus lares ou ambientes reservados, sem acesso ao público.

Há maior polêmica a respeito da *exposição da prática de atos íntimos* de pessoas em *espaços públicos*. De um lado, há aqueles que defendem que, mesmo em espaços públicos, há a incidência do direito à privacidade, mesmo das pessoas célebres. Nesse sentido é a lição de Walter Rothenburg, que, comentando o caso de conhecida apresentadora brasileira *filmada sem seu conhecimento ou anuência* em praia pública em cidade espanhola, praticando atos íntimos com seu namorado, sustentou que "(...) Quem 'ousa' fazer amor na praia ou no mar expõe-se deliberadamente em certa medida e, assim, tem diminuída sua esfera de privacidade, mas dela não abdica completamente. Mesmo que o espaço seja público, não se pode devassar completamente a privacidade das pessoas, que guardam em algum grau a possibilidade de determinação sobre o que querem expor"[26].

Entendemos que há *dois parâmetros* que são úteis para determinar a prevalência da privacidade em casos de exposição de *comportamentos em espaços públicos*, que é a (i) *falta de interesse* público das filmagens e fotografias (o *voyeurismo* de alguns não atende esse critério) e a (ii) *falta de autorização* para a obtenção das imagens que serão, depois, alavancas para maiores vendagens, audiência e lucros de terceiros.

Esses foram os *parâmetros da Corte Europeia de Direitos Humanos*, em caso célebre envolvendo a *Princesa Caroline de Mônaco,* alvo frequente de fotógrafos *paparazzi*, que, com teleobjetivas potentes e outras táticas, tiraram fotos do cotidiano da princesa em espaços públicos. A Corte, em face da falta de interesse público legítimo e de autorização da Princesa (dada a finalidade comercial evidente da atividade dos fotógrafos), considerou que houve violação ao direito à privacidade previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos[27].

Em sentido oposto, há precedente do Superior Tribunal de Justiça, em caso envolvendo foto publicada *sem autorização* de banhista de *topless* em praia em Santa Catarina, no qual ficou decidido que "se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada" (REsp 595.600-SC, Rel. Min. Cesar Asfor, julgamento em 18-3-2004).

Os *políticos* também possuem *direito à privacidade limitado*, porém não inexistente. Assim, o comportamento íntimo dos agentes públicos merece proteção, salvo se a divulgação for justificável em face interesse público, como, por exemplo, a divulgação de fotos referentes à infidelidade conjugal de político conhecido pelo discurso da defesa da família e da moral para angariar votos.

A segunda limitação diz respeito à *preponderância*, em um juízo de proporcionalidade, do *direito à informação diante do direito à privacidade* e a vontade do titular de não expor

dados de sua vida em público, *mesmo* diante de fatos que têm interesse social. Um caso célebre que ocorreu no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF) é o caso do “Assassinato dos soldados de Lebach” (também conhecido como Caso Lebach). No caso, tratou-se da proibição da edição de documentário por empresa de televisão alemã sobre uma chacina ocorrida em Lebach (foram mortos quatro soldados em um roubo de munição) na *iminência da soltura* de um dos criminosos. O TCF decidiu que, em geral, o direito de informação da população em crimes graves prevalece (interesse social), sendo permitida a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso. Porém, um documentário posterior, anos depois, é *inadmissível*, em face da ameaça à sua reintegração à sociedade (ressocialização), devendo ser protegida sua imagem e intimidade[28].

Outro tema sempre discutido no Brasil é se há violação ao direito à honra pela divulgação de mera *suspeita* ou ainda de ação penal ou de improbidade ainda não transitada em julgado. Em vários precedentes judiciais, não há violação do direito à honra *se* a informação prestada atender o *dever de veracidade aferível naquele momento* e seu conteúdo for relevante para o interesse público, excluindo-se do âmbito de proteção da privacidade. Nesse sentido, decidiu o STJ que “(...) a honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público. O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará”.

Porém, o dever de veracidade que incumbe à mídia deve ser avaliado no contexto jornalístico, no qual as matérias devem ser produzidas de modo célere. Se a suspeita sobre o indivíduo realmente existia *e* a divulgação informou que eram “suspeitas” (sem apontá-lo como criminoso condenado), não houve violação de sua honra, mesmo que, anos depois, ele tenha sido absolvido cabalmente (REsp 984.803, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 19-8-2009).

9.4. ORDENS JUDICIAIS RESTRINGINDO A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO EM NOME DO DIREITO À PRIVACIDADE

O direito à privacidade, para ser protegido de modo integral, *exige* a *intervenção judicial*, inclusive com o manejo da tutela preventiva ou inibitória. Há vários casos nos quais o titular do direito à privacidade busca ordem judicial para *suspender previamente* a divulgação de notícia, retirar livros de circulação, impedir publicação de notícia em jornais etc. Tal ordem judicial *consistiria em censura* proibida pela CF/88, que só admitiria a responsabilidade *a posteriori* da mídia, que deveria indenizar os danos causados? A resposta é negativa.

A liberdade de informação e a vedação da censura *não* geram restrição ao direito de acesso à justiça, igualmente previsto na CF/88 em seu art. 5º, XXXV. A tutela inibitória existe justamente para os casos nos quais a indenização *a posteriori* é insuficiente para recompor o direito lesado, o que ocorre justamente no caso da privacidade, que nunca será recomposta após a divulgação das informações[29].

Nesse sentido, Gilmar Mendes defende o direito de acesso à justiça, uma vez que a

proteção judicial à ameaça ao direito à privacidade em nada valeria, caso a intervenção judicial apenas "pudesse se dar após a configuração da lesão"[30].

9.5. DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO OBTIDA ILICITAMENTE

Outro tema que merece destaque na atualidade brasileira é a possibilidade de divulgação de informações de interesse público, mas que foram obtidas *ilicitamente* pela ação de terceiros. Por exemplo, é legítimo que emissora de televisão veicule gravação ilícita de conversa telefônica (feita por terceiros, que repassaram a gravação à emissora) de agentes públicos com diálogos sobre corrupção e recebimento de propina? É legítimo que um jornal divulgue informações sobre político, que recebeu de suas fontes não reveladas (sigilo de fonte), contidas em inquérito criminal sob *sigilo judicial*?

Em casos semelhantes aos dois exemplos citados, o STF *não* permitiu, em exame preliminar, a divulgação das informações ao público, por considerar que, respectivamente, o sigilo telefônico e o sigilo judicial foram *indevidamente* violados, em detrimento da privacidade dos envolvidos (Pet 2.702-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-9-2002, Plenário, *DJ* de 19-9-2003, e Rcl 9.428, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 10-12-2009, Plenário, *DJE* de 25-6-2010).

Nesses casos, para o STF, a liberdade de imprensa, que foi valorizada na ADPF 130 (que considerou não recepcionada a Lei de Imprensa), *deve obediência ao direito à privacidade*, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça (Rcl 9.428, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 10-12-2009, Plenário, *DJE* de 25-6-2010).

9.6. INVIOLABILIDADE DOMICILIAR

9.6.1. Conceito e as exceções constitucionais

O art. 5º, XI, dispõe que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". O direito à privacidade ecoa nessa garantia, fazendo com que o indivíduo seja o "senhor de sua morada", podendo impedir que o Poder Público ou terceiros a invadam, salvo na ocorrência das exceções previstas no texto da Constituição, que são: 1) flagrante delito; 2) desastre; 3) prestar socorro; e 4) por ordem judicial, durante o dia.

A invasão domiciliar, então, consiste na entrada de terceiro em uma casa, sem a permissão do morador, ou ainda contra sua expressa proibição.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que o conceito de "casa" é *abrangente*, atingindo todo e qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde determinada pessoa possui moradia ou exerce profissão ou atividade.

Assim, o conceito constitucional ou normativo de "casa" abrange a moradia propriamente dita (nas mais diversas formas) e também os locais de exercício de qualquer atividade *nos espaços não abertos ao público* existentes em empresas, escritórios de contabilidade,

consultórios médicos e odontológicos, entre outros (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, *DJE* de 1º-8-2008). Nessa linha, o Código Penal dispõe que a expressão "casa" compreende: I – qualquer compartimento habitado; II – aposento ocupado de habitação coletiva; III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (art. 150, § 4º).

Para que seja, então, lícita a entrada de qualquer pessoa a uma casa (em seu sentido *normativo,* amplo, consagrado pelo STF) é necessário separar duas situações: (i) com autorização do morador e (ii) sem autorização do morador (*invito domino*, ou seja, contra a vontade do morador).

Com a autorização do morador, não há restrição a entrada em uma casa, inclusive por parte de autoridades públicas.

Sem autorização do morador, cabe a entrada em uma casa a qualquer momento, nas seguintes hipóteses: 1) na ocorrência de flagrante delito ou iminência de o ser (art. 150, § 3º, II, do CP); 2) na ocorrência de desastre; e 3) para prestar socorro. Também sem autorização do morador e somente *durante o dia*, cabe a entrada de determinada pessoa em uma casa por *ordem judicial*.

O "durante o dia" previsto na Constituição é determinado de acordo com o critério *físico-astronômico*, compreendendo o lapso temporal entre a aurora e o crepúsculo, que, em geral, corresponde ao período das 06:00hs às 18:00hs, podendo ser alargado no caso do horário de verão, uma vez que a proteção prevista na Constituição visa impedir possíveis ações ilegais acobertadas pela escuridão na casa invadida[31]. A forma pela qual deve ser feita a invasão do domicílio é ditada pelo art. 245 do CPP, que dispõe que "as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta".

Com isso, nenhum terceiro poderá, sem o consentimento do morador, ingressar, durante o dia, sem ordem judicial, em espaço privado não aberto ao público. É a *cláusula de reserva de domicílio*. Além da sanção do crime de invasão de domicílio (art. 150 do CP) ou ainda de abuso de autoridade (art. 3º, *c*, da Lei n. 4.898/65), a prova resultante da diligência de busca e apreensão gerada por violação indevida do espaço domiciliar é inadmissível, "porque impregnada de ilicitude material" (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, *DJE* de 1º-8-2008).

Apesar do comando expresso do art. 5º, XI, o STF reconheceu como *válida* a invasão domiciliar *durante a noite* por ordem judicial, justificando-a em virtude da (i) inexistência de outra alternativa, pois a invasão durante o dia frustraria o escopo da medida, inviabilizando a tutela judicial justa; (ii) houve desgaste mínimo à privacidade, pois o escritório de advocacia cujo recinto foi invadido pelos policiais federais (para instalação de aparelho de interceptação ambiental) estava vazio (Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 26-11-2008, Plenário, *DJE* de 26-3-2010).

Correto o entendimento do STF, uma vez que a ponderação de bens e valores prevista no corpo da Constituição *não é exaustiva nem impede* a aplicação do critério da proporcionalidade em situações não previstas pelo Poder Constituinte (*vide* Parte I, Capítulo

III, item 7.4.5 sobre a "ponderação de 2º grau"). De fato, há casos nos quais o direito de acesso à justiça e seus corolários, como o direito à verdade e à tutela jurídica justa, exigem que o direito à privacidade seja mitigado, *podendo o juiz autorizar, fundamentadamente, a invasão domiciliar noturna*. Interpretar as exceções à inviolabilidade domiciliar como sendo exaustivas seria negar a tutela jurídica justa, o que não é, obviamente, o objetivo de um Estado Democrático de Direito.

9.6.2. Proibição de ingresso no domicílio e a atividade das autoridades tributárias e sanitárias

O poder de polícia e o atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos (*privilège du preálable*) *não* autorizam a invasão domiciliar por parte dos agentes públicos fora das exceções previstas no art. 5º, XI.

No caso das autoridades tributárias, o art. 145, § 1º, da CF dispõe que pode a administração tributária identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Nessa linha, o art. 195 do CTN dá ao Fisco o direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, impondo a obrigação dos que os detém de exibi-los. Essa regra impõe amplo acesso dos agentes fiscalizadores aos documentos e bens para a correta aplicação da lei tributária, existindo a obrigação legal de apresentar tais itens para fiscalização (STF, Súmula 439: "Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação").

Porém, não pode a lei tributária exigir que o fiscalizado aceite a entrada dos fiscais nos espaços privados sem acesso ao público. Sem o consentimento, não podem os fiscais ingressar nesses recintos, que ficam ao abrigo da inviolabilidade domiciliar do art. 5º, XI, da CF/88. Nesse caso, cabe ao Fisco proceder ao *lançamento por arbitramento, com a imposição de multa* pela não apresentação dos documentos e informações exigidos, *ou* obter *ordem judicial* para ingressar no recinto (entre outros, STF, HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, *DJE* de 1º-8-2008).

No caso das autoridades sanitárias, o poder de polícia *não* autoriza o ingresso em casa sem autorização do morador, mesmo que seja para a fiscalização em ações de combate à dengue e outras doenças. Assim, resta ao Poder Público a imposição de multas e outras sanções, inclusive eventual determinação de evacuação da área. Caso necessite ingressar na moradia, deve obter ordem judicial. De acordo com o Min. Celso de Mello, "(...) nem os organismos policiais e nem a Administração Pública, afrontando direitos assegurados pela Constituição da República, podem invadir domicílio alheio, sem a prévia e necessária existência de ordem judicial, ressalvada a ocorrência das demais exceções constitucionais. (...) O respeito (sempre necessário) à garantia da inviolabilidade domiciliar decorre da limitação constitucional que restringe, de maneira válida, as prerrogativas do Estado e, por isso mesmo, não tem o condão de comprometer a ordem pública, especialmente porque, no caso, como é enfatizado, as liminares em referência não impedem o Governo do Distrito Federal de exercer, com regularidade, o poder de polícia que lhe é inerente, circunstância esta que lhe permite adotar as providências administrativas necessárias à evacuação da área,

desde que observadas as concernentes prescrições constitucionais" (STF, SS 1.203, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 8-9-1997, publicação de 15-9-1997).

9.7. ADVOGADO: INVIOLABILIDADE DO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA E PRESERVAÇÃO DO SIGILO PROFISSIONAL

O art. 133 da CF/88 determina que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Dessa disposição, decorrem o (i) *sigilo profissional do advogado* e ainda a (ii) *inviolabilidade do escritório de advocacia*, concretizando tanto o direito à privacidade quanto da ampla defesa.

O sigilo profissional entre o advogado e o cliente, contudo, *não* é absoluto. Admite-se a interceptação telefônica e ambiental quando o advogado deixa sua função de defensor e passa a atuar como coautor ou partícipe na prática de crimes em conjunto com seu cliente, aproveitando-se justamente das prerrogativas do advogado. Nesse momento, não pode a inviolabilidade constitucional do advogado servir para violar os direitos de terceiros (as vítimas das práticas criminosas). Frise-se que se admite a violação do sigilo profissional e da inviolabilidade dos locais de exercício da profissão da advocacia quando houver provas ou fortes indícios da *participação de advogado na prática delituosa* sob investigação e no exato limite desse envolvimento. Assim, não se admite a interceptação telefônica e ambiental do escritório de advocacia simplesmente para obter provas contra o cliente do advogado, o que ofende tanto a ampla defesa quanto a privacidade nas relações profissionais.

A inviolabilidade do escritório ou local de trabalho do advogado, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia *foi prevista* no art. 7º da Lei n. 8.906/94 (com nova redação dada pela Lei n. 11.767/2008), o que está em linha com a inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI) e ainda com a inviolabilidade constitucional do advogado nos seus atos e manifestações no exercício da profissão (art. 133 da CF/88).

Há dois casos nos quais a *inviolabilidade* do local de exercício do trabalho do advogado *pode ser quebrada*: (i) prática de crime pelo próprio advogado e (ii) fundados indícios de que em poder do advogado *há objeto* que constitua instrumento ou produto do crime ou que constitua elemento do corpo de delito ou, ainda, documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração (art. 2º, II, da Portaria n. 1.288, de 30-6-2005 do Ministro da Justiça, regulando a atuação da Polícia Federal).

Caso haja indícios da prática de crime por parte de advogado (em associação ou não com seu cliente), pode ser decretada, por ordem judicial, a quebra da inviolabilidade do escritório de advocacia, inclusive com a expedição de mandado de busca e apreensão, *específico e pormenorizado*, a ser cumprido na presença de representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

Também é possível a quebra da inviolabilidade do escritório do advogado quando este servir de esconderijo para "*elemento do corpo de delito*" (art. 243, § 2º, do CPP). Na mesma linha, é possível a quebra da inviolabilidade para se obter instrumento ou produto do crime, bem como documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração (art. 2º, II,

da Portaria n. 1.288, de 30-6-2005, do Ministro da Justiça). A busca e apreensão não pode abarcar documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados.

Assim, a inviolabilidade domiciliar do escritório de advocacia não é absoluta e não pode acobertar a prática de crimes pelo advogado, tendo o STF decidido que "não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão" (Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 26-11-2008, Plenário, *DJE* de 26-3-2010).

Ambas as situações acima mencionadas (a quebra do sigilo profissional e ainda da inviolabilidade do escritório de advocacia) exigem ordem judicial, estando sob o abrigo da *reserva de jurisdição.*

9.8. O SIGILO DE DADOS EM GERAL

O sigilo de dados consta do texto do art. 5º, XII, tendo a CF/88 o considerado "inviolável".

Tendo em vista a consagração da relatividade das liberdades públicas, o Supremo Tribunal Federal, ao longo dos anos, sedimentou as hipóteses e formas pelas quais o sigilo de dados pode ser violado por terceiros legitimamente.

Em primeiro lugar, cabe uma separação entre os denominados "dados pessoais" e os "dados públicos".

Os *dados pessoais* consistem em informações relativas à intimidade de um indivíduo, que este não revela ao público em geral, só autorizando determinadas pessoas a acessá-las.

Já os *dados públicos* são aquelas informações acessíveis a todos, mesmo que referentes a determinado indivíduo, pois são pertinentes à vida social. Essas informações, pela sua natureza, não estão protegidas pelo sigilo de dados constante do art. 5º, XII. Entre as informações a todos acessíveis, estão as que constam dos registros públicos, como, por exemplo, o registro de pessoa física (quem é o pai ou a mãe de determinado indivíduo, seu local de nascimento etc.), o registro de imóveis (quem é o proprietário de determinado imóvel) etc.

Há situações ainda de *proteção* a informações constante de determinados bancos de dados, não importando a natureza (se pública ou privada), em virtude da *especial finalidade* da transmissão da informação ao gestor do banco de dados, que não pode ser desvirtuada. É o caso das informações cadastrais da Receita Federal, que são remetidas ao órgão fiscal para o cumprimento de suas funções, voltadas ao cumprimento da *igualdade de todos perante a arrecadação tributária* (impedindo a sonegação). Com isso, essas informações, mesmo que meramente cadastrais e constantes de outras fontes, *não* podem ser repassadas a terceiros para que estes lucrem com tais dados, sem autorização de cada indivíduo.

Como o sigilo de dados pessoais ou ainda de dados constante de banco de dados reservados não é absoluto, é possível invocar o *critério da proporcionalidade* para afastar o direito à privacidade e privilegiar outro direito previsto na Constituição ou nos tratados de direitos humanos. Para tanto, cumpre demonstrar:

a) a adequação da medida ao fim pretendido;

b) sua necessidade (inexistência de meio menos invasivo que alcance o mesmo fim); e

c) a importância da quebra para a preservação de outro direito fundamental.

Agora resta analisar quem pode ordenar a quebra do sigilo. Em primeiro lugar, é possível a quebra por *ordem judicial*, em nome da concretização do direito de acesso à justiça. Assim, não pode um determinado gestor de banco de dados opor sigilo ao Poder Judiciário, vulnerando com isso o direito das partes de obter uma tutela justa e célere.

Em segundo lugar, cabe a quebra do sigilo de dados por expressa *autorização constitucional ou legal*. Assim, as *Comissões Parlamentares de Inquérito* (CF, art. 58, § 3º) e o *Ministério Público* (art. 129, VI, e Lei Complementar n. 75/93, em especial no seu art. 8º, § 2º) podem ordenar a quebra de sigilo de dados em geral (ver as restrições específicas ao MP abaixo), desde que de modo fundamentado e mantendo o sigilo. Na realidade, trata-se de uma *transferência de sigilo*.

Em terceiro lugar, é possível o acesso de determinadas instituições a informações tidas como pessoais, para o *exercício de suas próprias atribuições previstas na Constituição Federal ou na lei*. Nesses casos, o sigilo de dados não lhe pode ser oponível.

Assim, a *Receita Federal,* o *Banco Central,* os *Tribunais de Contas* têm acesso a dados pessoais dos indivíduos fiscalizados para o exercício de suas funções. No caso do Tribunal de Contas da União, o art. 1º da Lei n. 8.730/93 prevê a apresentação das Declarações de Bens e Rendas pelas autoridades e por todos quantos exerçam cargo eletivo e cargo, emprego ou função de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União. Para tanto, foi firmado um convênio entre a Secretaria da Receita Federal do Brasil e o TCU, que prevê a disponibilização ao Tribunal dos dados da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física das pessoas obrigadas à prestação das informações estabelecidas pela Lei n. 8.730/93.

Cabe, agora, o *detalhamento* da proteção do sigilo no que tange ao sigilo bancário e ao sigilo fiscal.

9.8.1. Sigilo fiscal

Os dados fiscais de uma pessoa (física ou jurídica) consistem no *conjunto de informações sobre a situação econômica ou financeira* do sujeito passivo tributário ou de terceiros sobre a natureza e estado de seus negócios ou atividades, conforme dispõe o art. 198 do CTN, que impõe o chamado sigilo fiscal, proibindo o Fisco e seus servidores de divulgarem, sob qualquer forma, tais informações. O sigilo fiscal nada mais é que um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada (HC 87.654, voto da Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-3-2006, Segunda Turma, *DJ* de 20-4-2006).

As informações que compõem os arquivos do Fisco são importantes para tutelar vários direitos fundamentais de terceiros. Como faceta do direito da intimidade, o sigilo fiscal não é absoluto, podendo ser afastado, devendo o Fisco fornecer tais informações e transferindo-se o sigilo ao órgão que venha a receber tais informações. A chamada "quebra do sigilo fiscal" consiste tão somente na *quebra do monopólio do Fisco* sob tais informações, sendo mais apropriada a denominação de "transferência do sigilo fiscal" para ente que continua obrigado a não divulgar tais informações ao público.

Essa transferência do sigilo fiscal pode ocorrer para: (i) o Poder Judiciário por *ordem judicial,* em ações penais ou cíveis, cuja tutela justa dependa das informações econômicas e financeiras em poder do Fisco; (ii) outros Fiscos (por exemplo, do Fisco Federal para o Fisco Estadual), em face da necessária troca de informações para o cumprimento de suas funções (art. 198 do CTN); (iii) autoridades estrangeiras para permutar informações no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos; (iv) o Tribunal de Contas da União (Lei n. 8.730/93), para supervisão da moralidade e probidade dos agentes públicos; (v) demais autoridades administrativas, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa; (vi) Comissão Parlamentar de Inquérito, federal ou estadual; (vii) Ministério Público da União, de acordo com Lei Complementar n. 75/93. Vê-se que a transferência de sigilo fiscal não é submetida a cláusula de reserva de jurisdição.

A transferência de sigilo fiscal para o Ministério Público da União, sem a mediação do Poder Judiciário, é tema ainda controverso. A base normativa para tal transferência é o art. 8º, § 2º, da LC n. 75/93, que determina que "*nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido"*. Em despacho de 27 de dezembro de 2007, o Advogado-Geral da União, Ministro José Dias Toffoli (atualmente Ministro do STF) adotou parecer normativo (vinculante para a Receita Federal) no sentido de que *não há que se opor reserva de sigilo fiscal* ao Ministério Público da União, dirimindo as controvérsias no seio dos órgãos da Administração Federal.

Contudo, há vários precedentes judiciais que entendem que, mesmo para o Ministério Público da União, é necessária *ordem judicial* para a transferência do sigilo fiscal (STJ, HC 160.646-SP, Relator Min. Jorge Mussi, julgado em 1º-9-2011).

No Tribunal Superior Eleitoral, o posicionamento pacificado também é pela *impossibilidade do Ministério Público eleitoral* requisitar, *diretamente*, a quebra do sigilo fiscal à Receita Federal, devendo obter, antes, ordem judicial para tanto (TSE, AgR-REsp 82.404/RJ, rel. Min. Arnaldo Versiani, julgamento em 4-11-2010).

A divulgação indevida desses dados sigilosos consiste no crime de "violação de sigilo funcional", que é punido de acordo com a previsão do art. 325 do CP (Violação de sigilo funcional: Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave).

9.8.2. Sigilo bancário

Os dados e informações constantes nas contas correntes e aplicações diversas em instituições financeiras devem ser utilizados para o correto cumprimento das normas financeiras existentes, *sendo proibida a divulgação indevida*, de modo a preservar a intimidade do seu titular. Nesse sentido, STF reconheceu que o sigilo bancário é consequência da proteção constitucional da privacidade. Porém, como já vimos, o direito à privacidade não é absoluto, podendo ceder diante de outros direitos, como, por exemplo, os direitos de

terceiros lesados (ver, entre outras decisões, AI 655.298-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 4-9-2007, Segunda Turma, *DJ* de 28-9-2007).

O art. 192 da CF/88 exige lei complementar para a regência do sistema financeiro, tendo sido editada a Lei Complementar n. 105/2001, que trata do sigilo bancário. De acordo com essa lei, as *instituições financeiras conservarão sigilo* em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, mas, ao mesmo tempo, há hipóteses de (i) não incidência do sigilo e (ii) transferência do sigilo bancário para outros entes.

Na primeira hipótese (não incidência do sigilo), a Lei Complementar n. 105 prevê que não constitui violação do dever de sigilo: I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco (o que legitimou a atuação da SERASA), observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; II – o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito (legitimando os Serviços de Proteção ao Crédito), observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; III – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa (o que autoriza a ação proativa dos funcionários dos Bancos); IV – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados; e finalmente V – o uso pelo Banco Central das informações contidas nas contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras para sua fiscalização, inclusive nos casos de regime especial de intervenção. Porém, o STF já decidiu que o Banco Central *não pode, sob a justificativa de fiscalização*, quebrar o sigilo bancário de contas correntes de dirigente de Banco público estadual (o que abrangia inclusive as que ele mantinha com sua mulher) (RE 461.366, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-8-2007, Primeira Turma, *DJ* de 5-10-2007).

Na segunda hipótese (transferência do sigilo), a Lei Complementar n. 105 elenca uma série de entes que podem, de modo fundamentado (ver abaixo), requerer ao Banco Central ou às instituições financeiras o acesso aos dados com a transferência do sigilo bancário. A lógica que embasou essas hipóteses é a limitabilidade do direito à privacidade, devendo ser permitido o acesso (com a transferência do sigilo) para a preservação de outros direitos e valores constitucionais.

Assim, são entes legitimidades a obter o acesso e transferência do sigilo bancário de acordo com a Lei Complementar n. 105:

1) Poder Judiciário, em inquéritos ou processos de qualquer natureza.

2) Câmara dos Deputados e Senado Federal, por decisão aprovada nos respectivos Plenários.

3) Comissões parlamentares de inquérito, por decisão aprovada em seu plenário.

4) As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso (*constitucionalidade ainda em debate*[32]).

Além disso, as Comissões Parlamentares de Inquérito *Estaduais* também podem pedir a

quebra do sigilo bancário e fiscal, desde que autorizadas pela Constituição estadual (STF, ACO 1.390/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25-5-2009).

O Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Poder Legislativo, não foi contemplado pelo próprio legislador na Lei Complementar n. 105, embora suas atividades de verificação e julgamento de contas (art. 71, II, da CF) justificassem o direito de acesso direto e transferência do sigilo, não cabendo ao Judiciário uma interpretação extensiva que lhe possibilite isso (MS 22.801, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 17-12-2007, Plenário, *DJE* de 14-3-2008).

Também o Ministério Público foi esquecido pela Lei Complentar n. 105/2001, mas possui, contudo, a autorização prevista no art. 8º, § 2º, da LC n. 75/93 (visto acima). Apenas foi mencionado que, caso o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verifiquem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, esses entes informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos. Salvo nessa hipótese, cabe ao Ministério Público requerer, fundamentadamente, o acesso e transferência de sigilo bancário ao Poder Judiciário, que deferirá ou não a medida.

A única permissão aceita pelo STF de acesso direto pelo Ministério Público aos dados cobertos pelo sigilo bancário é no caso de informações financeiras e bancárias referentes às *verbas públicas*. O princípio da publicidade regente da atuação do Poder Público (art. 37 da CF) impede que o administrador público alegue "privacidade" para impedir o acesso direto do *Parquet* a tais dados (STF, MS 21.729, Rel. p/ o ac. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-10-1995, Plenário, *DJ* de 19-10-2001).

A discussão da atualidade sobre a quebra do sigilo bancário por órgão *não judicial* merece reflexão. Será que o sigilo bancário é sujeito à reserva de jurisdição, ou seja, sua violação depende de *ordem judicial fundamentada*? Entendemos que não.

Em primeiro lugar, não há na Constituição de 1988 a exigência de "ordem judicial" para a superação do *sigilo bancário*, que, aliás, sequer consta expressamente do texto constitucional.

Em segundo lugar, cabe analisar o argumento dos defensores de que a quebra do sigilo bancário seja sempre feita por autoridade judicial, negando tal poder em especial às Autoridades Tributárias, aos Tribunais de Contas e ao Ministério Público. A argumentação, em geral, funda-se na maior garantia do jurisdicionado associada a *nenhum prejuízo* à atuação desses órgãos. Ou seja, em outras palavras: "que mal há em, por exemplo, a Autoridade Tributária pleitear ao Juiz a quebra do sigilo bancário em uma investigação fiscal qualquer? Se o pedido for sólido, o juiz autorizará o acesso ou, caso este negue, o Tribunal autorizará, em grau de recurso".

Com a devida vênia dos entendimentos em contrário, há aqui uma *ponderação de valores que é esquecida*: de um lado, há o *direito à privacidade* daquele detentor das contas correntes e dos ativos financeiros; de outro, há os *direitos dos terceiros* que são protegidos pela atuação dos órgãos de fiscalização, em especial da imensa maioria de brasileiros que exige que o Estado obtenha recursos e assegure os direitos fundamentais sociais, como direito à educação, saúde, moradia, entre outros. Também do outro lado da ponderação, há o direito à *igualdade*, pois a fragilidade da fiscalização aumenta o ônus de se viver em sociedade, punindo aqueles

que voluntariamente cumprem a lei e estimulando outros a descumpri-la, na ausência de temor de sanções concretas.

Usando como exemplo o caso das autoridades tributárias, vê-se que, na atualidade, os sonegadores usam o sistema bancário em suas atividades econômicas formais e *também* nas informais. O Fisco não tem outra arma *menos invasiva* para conferir se a *atividade econômica relatada* é real ou apenas forjada para menor pagamento de tributos, a não ser a conferência dos dados contidos nas transações bancárias. Para aqueles que exigem ordem judicial para acesso do Fisco aos dados bancários, a alternativa seria a solicitação judicial para conferência de dados nas investigações ordinárias e extraordinárias. Para cada contribuinte, uma ação. Claro que seriam milhões de novas ações – de cunho satisfativo (pois se pede somente a autorização da transferência de sigilo bancário para exercer a fiscalização ordinária), renovadas periodicamente, que exigiriam imenso tempo e recurso do Estado-Juiz (e também dos Advogados Públicos), resultando em *caos* no acesso à justiça e *estímulo* para que mais pessoas deixem de pagar tributos. Teríamos milhares de Varas Judiciais somente para autorizar acesso aos dados bancários por parte das fiscalizações tributárias federais, estaduais e municipais. Isso é tão absurdo que sequer é tentado. De fato, a "opção brasileira" para suprir as deficiências no combate à sonegação é simplesmente *aumentar* as alíquotas e criar novos tributos, que também serão sonegados, em uma espiral viciosa sem fim, exasperando a carga daqueles que não sonegam.

A mesma situação ocorre no que tange aos Tribunais de Contas. Como averiguar se cada contrato, conta fiscalizada ou mesmo declarações de imposto de renda de servidores públicos federais (ver acima) contém dados reais ou *ficção* contábil? Será que atende o *direito fundamental à probidade administrativa* exigir a propositura de milhares de ações judiciais de autorização de transferência de sigilo bancário para que determinado Tribunal de Contas possa exercer o seu mister? Na prática do Brasil de hoje, os Tribunais de Contas *não* realizam essa atividade de fiscalização *real,* contentando-se com as análises documentais tradicionais e *vários escândalos* envolvendo superfaturamento, e conluios em obras públicas são relatados pela imprensa nacional sem que o Tribunal de Contas respectivo tivesse atento à situação. O cachorro não late, o alarme não soa...

No caso do Ministério Público, a exigência de dois agentes políticos (o membro do Ministério Público e o Magistrado) analisarem cada pedido de quebra de sigilo bancário (com a exceção do caso das verbas públicas – *vide* acima o precedente do STF) ocasiona investigações extremamente demoradas, facilitando sobremaneira a *prescrição* e estimulando, de novo, a impunidade e novas violações aos direitos de terceiros.

Porém, como visto, a posição atual (2013) do STF sobre o acesso a dados bancários *sem* autorização judicial é a seguinte:

1) Autoridade Tributária: a questão está em aberto, devendo o leitor ficar atento ao deslinde do caso no STF;

2) Tribunais de Contas: exige-se autorização judicial, pela ausência de previsão na Lei Complementar n. 105;

3) Ministério Público: somente no caso de verbas públicas;

4) Comissão Parlamentar de Inquérito, Câmara dos Deputados e Senado Federal, por

decisão aprovada nos respectivos Plenários.

Dependem de *prévia autorização do Poder Judiciário* a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos bancários solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Em todas as hipóteses de acesso e transferência do sigilo bancário dos bancos para qualquer outro ente, exige-se *fundamentação* da requisição do ente ou da ordem judicial, que deve levar em consideração: (i) a indispensabilidade da medida, bem como a (ii) existência de procedimento regular em curso e o (iii) interesse público na quebra (por exemplo, proteção dos direitos e valores constitucionais).

9.9. COAF E OS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL

A sofisticação da criminalidade levou à criação, pela Lei n. 9.613/98, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, que foi encarregado de "disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades".

O COAF é considerado a "unidade de inteligência financeira" brasileira, tendo como missão receber e analisar informações de cunho econômico-financeiro de pessoas físicas e jurídicas, que obtém de diversas fontes obrigadas a enviar dados de cadastro e movimentação, em especial Bancos. Essas informações são prestadas por critérios objetivos (depósito que ultrapassa determinado valor) ou subjetivos (considerados, a critério do informante que conhece seu cliente, atípicos ou suspeitos – art. 11 da Lei n. 9.613). O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas (art. 14, § 3º, da Lei n. 9.613/98 e art. 2º, § 6º, da LC n. 105/2001). Após análise, o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de qualquer ilícito (art. 15 da Lei n. 9.613).

Assim, *não* cabe ao COAF investigar com profundidade, mas sim provocar a autoridade (por exemplo, Polícia ou Ministério Público) para que investigue.

O COAF repassa a tais autoridades os "Relatórios de Informações Financeiras", que contém informações sobre operações atípicas (não necessariamente ilícitas), para que as investigações sejam aprofundadas, podendo as autoridades recebedoras dos Relatórios solicitar, eventualmente, ao juízo competente a quebra dos sigilos bancário e fiscal.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma), na análise de rumoroso caso de corrupção envolvendo personalidades da sociedade brasileira (Operação Boi Barrica) decidiu que o mero *encaminhamento* de Relatório de Inteligência Financeira pelo COAF ao Ministério Público, retratando "operação atípica", *não* pode embasar pedido de decretação judicial de quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico ou ainda interceptação telefônica, *devendo a autoridade policial realizar diligências posteriores* que demonstrem que tais quebras de sigilo são imprescindíveis. Com isso, o STJ decretou a *nulidade* das ordens

judiciais por falta de fundamentação adequada e invocou ainda a teoria dos frutos da árvore envenenada para *descartar* provas obtidas em decorrência daquelas anuladas (inclusive eventuais conversas comprometedoras obtidas – ver HC 191.378, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgamento em 15-9-2011).

Todavia, é difícil realizar essas "diligências posteriores" que não envolvam quebras de sigilo e que não alertem os envolvidos (que assim destroem provas e camuflam seus atos), uma vez que as técnicas tradicionais (oitiva de testemunhas, vigilância – "campana", e outras) são quase sempre *inúteis* em crimes de corrupção e de lavagem de ativos, que vulneram intensamente direitos fundamentais de terceiros.

9.10. O CNJ E OS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL

O art. 8º, V, do Regimento do Conselho Nacional de Justiça prevê que compete ao Corregedor Nacional de Justiça "requisitar das autoridades *fiscais*, *monetárias* e de outras autoridades competentes informações, exames, perícias ou documentos, *sigilosos* ou não, imprescindíveis ao esclarecimento de processos ou procedimentos submetidos à sua apreciação, dando conhecimento ao Plenário".

Esse Regimento ampara-se *diretamente* na Emenda Constitucional n. 45/2004, cujo art. 5º, § 2º, dispõe que, até que entre em vigor o novo Estatuto da Magistratura (que será feito por futura lei complementar, de iniciativa exclusiva do STF), o Conselho Nacional de Justiça, *mediante resolução*, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor.

Esse poder da Corregedoria do CNJ de quebrar os sigilos bancário e fiscal foi questionado, no final de 2011, em dois mandados de segurança, impetrados por associações de magistrados contra atos do Corregedor Nacional de Justiça, sob a alegação de violação do art. 5º, X (direito à privacidade), e vício formal, uma vez que uma resolução do CNJ não poderia substituir autorização expressa em lei complementar. Os processos estão *em curso*, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux (STF, Mandados de Segurança n. 31.083 e 31.085).

9.11. SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA E DE COMUNICAÇÃO TELEGRÁFICA: POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO E AUSÊNCIA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO

O art. 5º, XII, da CF/88 assegura o sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica. Em que pese que este último tenha ficado ultrapassado pelo desenvolvimento tecnológico, o direito à privacidade do conteúdo tanto da *comunicação epistolar* quanto da *telegráfica* não é absoluto. Admite-se a restrição da privacidade para fazer prevalecer outros direitos constitucionais, aplicando-se o critério da proporcionalidade no caso concreto.

No caso da comunicação epistolar, o art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), editado antes da Constituição de 1988, *autoriza* o direito do estabelecimento prisional a violar correspondência encaminhada ou dirigida aos presos. O STF considerou tal regra *compatível* com a Constituição, uma vez que nenhuma liberdade pública é absoluta e não pode o direito à privacidade ser invocado para permitir crimes. Para

o Min. Celso de Melo, a "inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas" (HC 70.814, Rel. Min.Celso de Mello, julgamento em 1º-3-1994, Primeira Turma, *DJ* de 24-6-1994).

Assim, o critério da proporcionalidade foi aplicado, prevalecendo a proteção dos direitos dos terceiros (vítimas dos crimes que poderiam ser cometidos) em face do direito à privacidade dos presos.

Digno de nota é a *ausência de reserva de jurisdição*: mesmo autoridade administrativa pode violar o sigilo de correspondência, na visão do STF.

9.12. O SIGILO TELEFÔNICO E INTERCEPTAÇÃO PREVISTA NA LEI N. 9.296/96, INCLUSIVE DO FLUXO DE COMUNICAÇÕES EM SISTEMAS DE INFORMÁTICA E TELEMÁTICA

O art. 5º, XII, da Constituição prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas sob os seguintes requisitos: 1) existência de lei regulamentadora; 2) ordem judicial; 3) nas hipóteses e na forma prevista na lei regulamentadora para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Quanto à lei regulamentadora, houve omissão legislativa até a edição da Lei n. 9.296/96. Consequentemente, o STF considerou prova ilícita aquela obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando existia ordem judicial, uma vez que o art. 57, II, *a*, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62) foi considerado não recepcionado pela Constituição de 1988.

A ordem judicial é indispensável e deve ser fundamentada. Nem Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) pode ordenar a *interceptação telefônica*, uma vez que a violação do sigilo da *comunicação* é matéria abrangida pelo *princípio da reserva de jurisdição.* Pode tão somente a CPI ordenar a quebra do sigilo dos dados telefônicos (registros das chamadas – quem ligou e para quem ligou – e duração), mas *nunca ordenar a interceptação* da conversa telefônica.

A Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, regrou as hipóteses e forma da interceptação telefônica, que rapidamente se transformou em um dos instrumentos mais utilizados de investigação policial no Brasil.

A interceptação dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça, podendo ser decretada de ofício pelo juiz, ou a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público.

Para a decretação da interceptação de comunicações telefônicas é necessário que haja (i) indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, inclusive com a qualificação dos investigados (*salvo impossibilidade* – ver abaixo o tópico dos "autores desconhecidos"), bem como que a (ii) prova não possa ser feita por outros meios disponíveis em casos de (iii) infração penal punida com pena de reclusão (pena máxima de mera detenção não autoriza interceptação telefônica).

Assim, de acordo com a Lei n. 9.296/96 *não* cabe a determinação judicial de interceptação telefônica se:

1) não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;

2) existir outro meio de produção da prova pretendida;

3) for caso de crime punido com pena máxima de detenção.

No caso de *notitia criminis* anônima, deve a autoridade policial antes realizar diligências preliminares para, só após, com novos indícios, solicitar a interceptação telefônica (HC 99.490, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-11-2010, Segunda Turma, *DJE* de 1º-2-2011).

O juiz deve decidir no prazo máximo de vinte e quatro horas, fundamentando a decisão. O período de interceptação deve ser fixado na decisão, mas não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual tempo *uma vez* comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Apesar de a lei não estabelecer, expressamente, quantas prorrogações de "15 dias" são possíveis, prevalece o entendimento da possibilidade de *renovações sucessivas* até que a investigação esteja finalizada, desde que as ordens judiciais sejam fundamentadas e demonstrem a indispensabilidade das prorrogações para o deslinde do caso. Nesse sentido, decidiu o STF que "(...) É *lícita* a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo *sucessivo*, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua. (...)" (Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 26-11-2008, Plenário, *DJE* de 26-3-2010).

Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público (MP), que poderá acompanhar a sua realização. Em vários casos, não há a cientificação prévia ao MP e a Defesa alega vício e nulidade das provas obtidas. Na hipótese do Ministério Público ofertar a denúncia, o STF entendeu que esse argumento é superado, pois a denúncia implica "*envolvimento próximo do promotor*" (HC 83.515, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 16-9-2004, publicado em 4-3-2005).

Porém, na fase do inquérito policial, pode o próprio Ministério Público promover o arquivamento da peça, caso não aceite ter sido mantido alheio à interceptação e a considere *prova ilícita,* não existindo outra apta a sustentar uma denúncia idônea. No caso de o juiz remeter o inquérito policial (de acordo com o art. 28 do CPP) ao Procurador-Geral de Justiça (Ministério Público Estadual) ou à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (no caso do Ministério Público Federal), a decisão de arquivamento do inquérito policial por esses entes, em virtude da ilicitude da prova, *tem* que ser acolhida pelo Judiciário.

Após, será feita a transcrição das conversas, com foco naquilo que interessa para o caso. Atualmente, há diversas discussões judiciais sobre o dever de transcrição *integral* do conteúdo gravado das conversas telefônicas e não somente as *partes relevantes*, em nome da ampla defesa. Porém, o STF decidiu que "só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a *transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante* para esclarecer sobre os fatos da causa *sub iudice*" (Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 26-11-2008, Plenário, *DJE* de 26-3-2010). Nesse mesmo sentido, decidiu o STF que "é *desnecessária* a juntada do *conteúdo integral* das degravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora pacientes, pois bastam que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LV, da CF). Liminar indeferida" (HC 91.207-MC, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11-6-

2007, Plenário, *DJ* de 21-9-2007).

Também cabe mencionar que a Lei n. 9.296/96 *permite* a interceptação do fluxo de comunicações em *sistemas de informática e telemática*, particularmente útil nos casos de correio eletrônico, *chats*, redes sociais e outras formas de comunicação da internet. Essa previsão legal não viola o direito à privacidade constitucional, que não é absoluto, podendo ser limitado – no caso, pela lei – para que se assegurem os direitos fundamentais de terceiros, vítimas de crimes sujeitos à pena de reclusão (ou seja, crimes graves).

Por sua vez, constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (o chamado "grampo telefônico", com pena de reclusão, de dois a quatro anos, e multa).

Em 2008, no bojo de diversas críticas de advogados criminalistas sobre o uso descontrolado de interceptações telefônicas na investigação criminal, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 59, regrando a matéria em especial quanto ao trâmite burocrático dos pedidos. No mesmo ano, o Procurador-Geral da República considerou que tal deliberação administrativa foi além da regulamentação da Lei n. 9.296/96 e ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.145 perante o STF (Relator Min. Gilmar Mendes), ainda não julgada.

9.13. A GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO: PROVA LÍCITA, DE ACORDO COM O STF (REPERCUSSÃO GERAL)

Há diferença entre a *interceptação* e a *gravação* de conversas telefônicas ou ambientais: a interceptação é aquela que é realizada por terceiros *sem* o consentimento dos envolvidos; a gravação é aquela realizada por um dos participantes (autogravação), com ou sem a anuência dos demais.

Houve muita discussão na doutrina e jurisprudência sobre a licitude da gravação por um dos participantes, sem o consentimento dos demais, de conversa telefônica ou ambiental. Inicialmente, o próprio STF considerou-a prova ilícita, salvo se fosse para a prova de crime feito pelo outro interlocutor (gravação da conversa do sequestrador, por exemplo). Posteriormente, o fato de a conversa ter sido gravada por um dos participantes pesou decisivamente na consolidação do entendimento do STF de que seria *prova lícita*, tal qual um documento celebrado pelas partes e utilizado apenas por uma delas, sem o consentimento da outra. Somente será prova ilícita se existir uma causa legal de sigilo ou reserva da conversação.

Por isso, a *gravação de conversa telefônica* por um dos envolvidos se constitui em prova lícita da comunicação da qual participa, salvo a existência de causa legal de sigilo ou reserva (STF, AI 578.858-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 4-8-2009, Segunda Turma, *DJE* de 28-8-2009).

Também a gravação de conversa em ambiente qualquer (*gravação ambiental*) por um dos participantes consiste em *prova lícita*, se não há causa legal específica de sigilo nem de

reserva da conversação (RE 583.937-QORG, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 19-11-2009, Plenário, *DJE* de 18-12-2009, com *repercussão geral*).

Por outro lado, a jurisprudência reconheceu ser ilícita a gravação ambiental de "conversa informal" entre o suspeito e policiais, caso não tenha sido avisado do direito de permanecer em silêncio. Nesse sentido, decidiu o STJ que "é ilícita a gravação de conversa informal entre os policiais e o conduzido ocorrida quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, se não houver prévia comunicação do direito de permanecer em silêncio" (STJ, HC 244.977-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 25-9-2012).

9.14. A INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL

A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise são previstos na Lei n. 12.850/2013, que expressamente revogou a Lei n. 9.034/95, definindo organização criminosa, bem como dispondo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

Ficou autorizada a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (art. 3º, II, da Lei).

Antes da edição da Lei n. 12.850/2013, o STF rechaçou a ilicitude da prova de interceptação ambiental, por ausência de um procedimento detalhado previsto na Lei n. 9.034/95 (na redação dada pela Lei n. 10.217/2001). Ainda nesse julgamento, o STF considerou *prova lícita* a interceptação ambiental realizada com ordem judicial em escritório de advocacia (houve também invasão noturna de domicílio, ver acima), uma vez que havia indícios de envolvimento do advogado com práticas criminosas da quadrilha (Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 26-11-2008, Plenário, *DJE* de 26-3-2010).

9.15. CASOS EXCEPCIONAIS DE USO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: O "ENCONTRO FORTUITO DE CRIME", A DESCOBERTA DE NOVOS AUTORES E A PROVA EMPRESTADA

No decorrer da interceptação, é possível que seja provado crime não previsto no pedido ("encontro fortuito de crime" ou também "crime achado"), sendo tal prova *lícita,* mesmo se a infração penal nova for punida com detenção ou for mera contravenção penal, desde que conexo com a infração constante do pedido (nesse sentido, STF, HC 83.515, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 16-9-2004, Plenário, *DJ* de 4-3-2005).

Caso seja totalmente desvinculado do crime investigado originalmente, há duas posições. A primeira posição defende que essa gravação pode servir como *notitia criminis* a fundamentar novo pedido próprio de interceptação (Streck, entre outros)[33]. A segunda posição considera que a prova é lícita, desde que não se verifique desvio de finalidade ou fraude (por exemplo, simular o pedido de interceptação de um suposto crime sujeito à pena de reclusão só para obter prova do real crime perseguido, sujeito à pena de detenção – exemplo de Moraes[34]).

Recentemente, na linha da segunda posição, decidiu o STF que o Conselho Nacional de

Justiça *pode* usar prova emprestada de interceptação telefônica criminal em seu procedimento administrativo contra juiz, mesmo que o possível crime do magistrado tenha sido fortuitamente detectado, pois era diverso do que era objeto de investigação no monitoramento telefônico em curso (MS 28.003/DF, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, julgamento de 8-2-2012 – *Informativo do STF,* n. 654, de 6 a 10-2-2012).

Também é possível que coautores e partícipes desconhecidos surjam no decorrer da interceptação, autorizada inicialmente apenas para determinadas pessoas. A prova contra esses novos indivíduos será lícita, uma vez que a própria Lei n. 9.296/96 permite que a interceptação ocorra sem identificação precisa quanto ao investigado. Nesse sentido, decidiu o STF: "Interceptação realizada em linha telefônica do corréu que captou diálogo entre este e o ora paciente, mediante autorização judicial. Prova lícita que pode ser utilizada para subsidiar ação penal, sem contrariedade ao art. 5º, XII, LIV, LV e LVI, da Constituição da República" (HC 102.304, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-5-2010, Primeira Turma, *DJE* de 25-5-2011).

Finalmente, admite-se o uso da chamada *prova emprestada,* no qual o conteúdo da conversa interceptada em seara criminal é utilizado no âmbito cível (por exemplo, em ação de improbidade) ou disciplinar (processo administrativo). Entendemos que esse uso é regular, uma vez que o direito à privacidade já foi afastado, de maneira legítima, no âmbito criminal, o que pode resultar inclusive na perda da liberdade do réu. Logo, impedir o uso da degravação da conversa interceptada no bojo de outro processo, mesmo que não criminal, não teria o condão de restaurar a privacidade do indivíduo-alvo ou mesmo de terceiros, podendo, porém, assegurar a tutela jurídica justa.

Nesse sentido, decidiu o STF que "dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova" (Inq 2.424-QO-QO, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 20-6-2007, Plenário, *DJ* de 24-8-2007).

9.16. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ORDENADA POR JUÍZO CÍVEL

O reconhecimento da limitabilidade dos direitos fundamentais consolidou o uso da proporcionalidade nos precedentes judiciais brasileiros, afastando a literalidade da redação dos direitos previstos na Constituição e nos tratados internacionais. O caso da inviolabilidade do sigilo de correspondência (relativizada pelo STF no caso dos presos) ou da invasão de domicílio por ordem judicial durante a noite (determinada pelo próprio STF) são exemplos marcantes da proporcionalidade nos direitos fundamentais.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou *constitucional e legal* a interceptação telefônica determinada por *juiz* em processo *cível*. Tratava-se de ação na qual se buscava a localização de menor subtraído por um dos genitores, tendo sido esgotados todos os meios tradicionais na esfera cível de localização pelo oficial de justiça e por ofícios infrutíferos e demorados.

Nessa hipótese, o juiz decidiu fazer prevalecer o direito à proteção da criança e do adolescente (art. 227 da CF) em detrimento da inviolabilidade do sigilo telefônico, fruto do direito à intimidade. A proporcionalidade foi aplicada, desconsiderando-se a redação do art. 5º, XII, que faz menção à *interceptação telefônica* regrada por lei e para investigação e persecução criminais. Na apreciação do caso no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Ministro Relator, Sidnei Beneti, decidiu a favor da possibilidade de interceptação telefônica por juízo cível, uma vez que "(...) há que se proceder à ponderação dos interesses constitucionais em conflito, sem que se possa estabelecer, *a priori*, que a garantia do sigilo deva ter preponderância" (voto do Ministro, STJ, HC 203.405, julgamento em 28-6-2011).

Parte da doutrina criticou severamente essa decisão, alegando que a subtração de criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda é crime (com pena de reclusão) tipificado no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o que permitiria que o juiz cível representasse ao juiz criminal, para que este, no bojo de um inquérito *criminal,* ordenasse validamente a interceptação telefônica. Claro que, ao assim proceder, o juízo cível corre o risco de se *curvar* ao entendimento do seu *colega juiz criminal* (que poderia entender que não era caso de interceptação telefônica imediata, aguardando diligências policiais prévias) e também de se *subordinar* à posição do *membro do Ministério Público* oficiante no Inquérito Policial instaurado, que poderia entender que a conduta em tela não era crime (tendo em vista as peculiaridades do caso), promovendo seu arquivamento, o que negaria novamente o direito de acesso à justiça no processo cível.

Assim, pode-se justificar a *interceptação telefônica para fins civis*, em caso de (i) esgotados os meios usuais para fazer valer o direito da parte requerente e (ii) para fazer valer o direito de acesso à justiça em prazo razoável. O *direito de acesso à justiça* (art. 5º, XXXV) deve ser levado em consideração, ponderando-o também com o *direito à privacidade*. O sigilo telefônico em processos cíveis *não* pode ser absoluto, sob pena de amesquinharmos o direito a uma tutela justa em caso de imprescindibilidade da interceptação telefônica para fazer valer o direito da parte.

Esse caso torna evidente que o Poder Constituinte não consegue esgotar a regência expressa de todas as hipóteses de colisão entre os direitos fundamentais, uma vez que novas situações sociais surgem, gerando inesperadas colisões de direitos e exigindo ponderação pelo intérprete.

Assim, apesar de a Constituição de 1988 ter ponderado a colisão de direitos entre o direito à privacidade e os direitos das vítimas no campo penal (direito à verdade e justiça), exigindo lei para o caso de interceptação telefônica para fins penais, isso não exclui a possibilidade de ponderação desses mesmos direitos para a obtenção da tutela justa e célere no *campo cível*.

Do nosso ponto de vista, não há qualquer incongruência: a Constituição exigiu lei para a interceptação telefônica para fins criminais, uma vez que o direito penal trata da liberdade dos indivíduos. Na esfera cível, não há a necessidade de lei, uma vez que o *direito de acesso à justiça* é suficiente para conferir ao juiz o poder de sopesar os direitos, avaliar a situação e ordenar a interceptação telefônica.

É cedo para prever se esse entendimento do STJ prevalecerá no Supremo Tribunal

Federal. A fundamentação do Min. Beneti, porém, é condizente com precedentes anteriores do próprio STF já vistos nesta obra, como os referentes (i) à relatividade da inviolabilidade do sigilo de correspondência e (ii) à relatividade da inviolabilidade domiciliar em período noturno no caso de ordem judicial (que deveria ser cumprida durante o dia, mas o foi durante a noite), em decisão referendada pelo Pleno do STF.

9.17. DECISÕES DO STF

Direito à honra e exame de DNA. "Coleta de material biológico da placenta, com propósito de fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. (...) Bens jurídicos constitucionais como 'moralidade administrativa', 'persecução penal pública' e 'segurança pública' que se acrescem – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho" (Rcl 2.040-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 21-2-2002, Plenário, *DJ* de 27-6-2003).

Diferença entre interceptação de comunicações e obtenção de dados. "Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição, que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve 'quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial'" (RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 10-5-2006, Plenário, *DJ* de 19-12-2006).

Quebra de sigilos e fundamentação. "São consideradas ilícitas as provas produzidas a partir da quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico, sem a devida fundamentação. Com esse entendimento, a Segunda Turma deferiu *habeas corpus* para reconhecer a ilicitude das provas obtidas nesta condição e, por conseguinte, determinar o seu desentranhamento dos autos de ação penal" (HC 96.056, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-6-2011, Segunda Turma, Informativo 633).

Prorrogação sucessiva das interceptações telefônicas. Possibilidade. "É lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso. (...) É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua. (...) O Ministro Relator de inquérito policial, objeto de supervisão do STF, tem competência para determinar, durante as férias e recesso forenses, realização de diligências e provas que dependam de decisão judicial, inclusive interceptação de conversação telefônica. (...) O disposto no art. 6º, § 1º, da Lei federal 9.296, de 24 de julho de 1996, só comporta a interpretação sensata de que, salvo para fim ulterior, só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer

sobre os fatos da causa *sub iudice*” (Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 26-11-2008, Plenário, *DJE* de 26-3-2010). No mesmo sentido: HC 105.527, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 29-3-2011, Segunda Turma, *DJE* de 13-5-2011; HC 92.020, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 21-9-2010, Segunda Turma, *DJE* de 8-11-2010.

Reserva de Jurisdição e interceptação telefônica. Impossibilidade de CPI ordenar a interceptação. “O princípio constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) – não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à CPI, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas” (MS 23.652, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2000, Plenário, *DJ* de 16-2-2001). No mesmo sentido: MS 23.639, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-11-2000, Plenário, *DJ* de 16-2-2001.

Licitude da gravação por um dos interlocutores. “A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita” (AI 578.858-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 4-8-2009, Segunda Turma, *DJE* de 28-8-2009).

Crime achado. Conexão. Prova lícita. “Encontro fortuito de prova da prática de crime punido com detenção. (...) O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção” (AI 626.214-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 21-9-2010, Segunda Turma, *DJE* de 8-10-2010).

Direito ao silêncio e vedação da autoincriminação. Inaplicável à interceptação telefônica. “(...) a Lei 9.296/1996 nada mais fez do que estabelecer as diretrizes para a resolução de conflitos entre a privacidade e o dever do Estado de aplicar as leis criminais. Em que pese ao caráter excepcional da medida, o inciso XII possibilita, expressamente, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais, a interceptação das comunicações telefônicas. E tal permissão existe, pelo simples fato de que os direitos e garantias constitucionais não podem servir de manto protetor a práticas ilícitas. (...) Nesse diapasão, não pode vingar a tese da impetração de que o fato de a autoridade judiciária competente ter determinado a interceptação telefônica dos pacientes, envolvidos em investigação criminal, fere o direito constitucional ao silêncio, a não autoincriminação” (HC 103.236, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-6-2010, Segunda Turma, *DJE* de 3-9-2010).

“Ação cível originária. Mandado de segurança. Quebra de sigilo de dados bancários determinada por CPI de Assembleia Legislativa. Recusa de seu cumprimento pelo

Banco Central do Brasil. LC 105/2001. Potencial conflito federativo (cf. ACO 730-QO). Federação. Inteligência. Observância obrigatória, pelos Estados-membros, de aspectos fundamentais decorrentes do princípio da separação de poderes previsto na CF de 1988. Função fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo. Mecanismo essencial do sistema de *checks-and-counterchecks* adotado pela CF de 1988. Vedação da utilização desse mecanismo de controle pelos órgãos legislativos dos Estados-membros. Impossibilidade. Violação do equilíbrio federativo e da separação de poderes. Poderes de CPI estadual: ainda que seja omissa a LC 105/2001, podem essas comissões estaduais requerer quebra de sigilo de dados bancários, com base no art. 58, § 3º, da Constituição" (ACO 730, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 22-9-2004, Plenário, *DJ* de 11-11-2005).

Ingresso do Fiscal Tributário em casa na falta de consentimento do morador: somente ordem judicial. "(...) 2. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da autoexecutoriedade, condicionado, pois, o ingresso dos agentes fiscais em dependência domiciliar do contribuinte, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. 3. Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada *invito domino* a ofende" (AgRg no RE 331.303-PR, STF, julgado em 10-2-2004, publicado no *DJ* de 12-3-2004).

10. Liberdade de informação e sigilo de fonte

Art. 5º, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

O direito à informação consiste no direito individual ou coletivo de fornecer, veicular e receber informações sobre fatos ou condutas em geral. Há, então, a dupla dimensão do direito à informação: a dimensão de (i) fornecer infomação e a de (ii) recebê-la. Todos têm o direito de se informar livremente a partir de diversas fontes. A Constituição Federal garante o direito à informação e, simultaneamente, assegura o sigilo da fonte ao jornalista, quando necessário ao exercício de sua atividade profissional.

No Estado Democrático de Direito, o direito ou liberdade de informação possui duais espécies: (i) a liberdade de informação individual e a (ii) liberdade de informação de massa ou coletiva, pelos meios de comunicação, o que consagra a liberdade de imprensa.

A liberdade de imprensa consiste em um *conjunto de atividades de produção de informação* a terceiros em um ambiente livre de censura e outras formas de intimidação. Consiste em uma instituição-ideia, que permite a (i) revelação de informações, (ii) realização de críticas e (iii) formação da opinião pública (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009).

O sigilo da fonte consiste no direito do jornalista de *impedir que terceiros* conheçam a

identidade daquele que transmitiu determinada informação. Consequentemente, não é possível constranger o jornalista, *de qualquer modo*, para que quebre o sigilo de suas fontes de informação jornalística. O sigilo de fonte é também um dever, no caso daquele que só forneceu a informação sob essa ressalva. Caso o jornalista divulgue assim mesmo o nome da fonte, viola seu sigilo profissional (prática do crime previsto no art. 154 do CP).

Em face da importância da liberdade de imprensa, o STF elencou áreas que podem ser regulamentadas por leis dos mais diversos âmbitos (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009):

1) direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo;

2) proteção do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

3) responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação;

4) regulamentação das diversões e espetáculos públicos;

5) previsão de estabelecimento de meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (inciso II do § 3º do art. 220 da CF);

6) independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º);

7) participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF);

8) composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da CF).

Nesse mesmo acórdão, o STF decidiu que são irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, o que assegura a liberdade de conteúdo da matéria publicada.

Tema importante na atualidade é o uso das *ações de indenização por dano moral* como fator de inibição da liberdade de imprensa. Para o STF, é necessário assegurar a proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém pela ação de jornalistas e a indenização fixada, pois a “excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade” (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009).

10.1. JURISPRUDÊNCIA DO STF

> **Sigilo de Fonte e sua proteção.** “Em suma: a proteção constitucional que confere ao jornalista o direito de não proceder à ‘disclosure’ da fonte de informação ou de não revelar a pessoa de seu informante desautoriza qualquer medida tendente a pressionar ou a constranger o profissional de imprensa a indicar a origem das informações a que teve acesso, eis que – não custa insistir – os jornalistas, em tema de sigilo da fonte, não se expõem ao poder de indagação do Estado ou de seus agentes e não podem sofrer, por isso mesmo, em função do exercício dessa legítima prerrogativa constitucional, a imposição de qualquer sanção penal, civil ou administrativa, tal como reconheceu o

Supremo Tribunal Federal" (Inq 870/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 15-4-1996).

Liberdade de imprensa e crítica jornalística. "O STF tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa" (AI 705.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-3-2011, Segunda Turma, *DJE* de 6-4-2011).

11. Liberdade de locomoção

Art. 5º, XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

11.1. CONCEITO E RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

A liberdade de locomoção (ou ambulatorial) consiste no *direito de ir, vir e permanecer*, sem interferência do Estado ou de particulares, podendo ainda o indivíduo deixar, em tempo

de paz, o território nacional com seus bens.

Como qualquer outro direito, este também é restringível por disposição expressa do texto constitucional *ou*, ainda, por meio de restrição implícita resultante da ponderação com outros direitos.

No caso, a CF/88 já dispõe que o indivíduo pode ter o seu direito de deixar o território nacional com seus bens restrito em tempo de guerra. Porém, na busca de preservação de outros direitos (como, por exemplo, o direito à igualdade tributária), pode o Estado instituir tributos para aqueles que queiram levar seus bens para fora do País.

Por fim, a CF/88 nada dispõe, no art. 5º, XV, sobre o *ingresso* no território nacional.

No que tange aos nacionais, nenhum obstáculo pode ser imposto pelo Estado ao ingresso no território nacional, por *decorrência implícita* à proibição da pena de banimento (art. 5º, XLVII, *b*).

Quanto aos estrangeiros, pode o Estado regular e probir seu ingresso, com a exceção do *solicitante de refúgio* a quem o Brasil deve, obrigatoriamente, permitir o ingresso (art. 4º, X da CF/88, regulamentado pela Lei n. 9.474/97 e pela Convenção da ONU sobre os Refugiados de 1951, já ratificada e incorporada internamente).

11.2. HIPÓTESES CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDAS PARA PRIVAÇÃO DE LIBERDADE

O art. 5º, LXI, da CF/88 prevê que ninguém será preso senão em (i) flagrante delito ou por (ii) ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Assim, ressalvados os casos de transgressão militar e crime propriamente militar (que veremos abaixo), a Constituição de 1988 consagrou a liberdade ambulatorial ao dispor que, excepcionalmente, a prisão só será realizada em flagrante delito ou por ordem de autoridade judiciária competente. Assim, os órgãos policiais do Estado *perderam* a competência de decretar a "prisão para averiguação". Recentemente, o STF reconheceu a existência da *condução coercitiva* por parte de autoridade policial, *sem* ordem judicial.

Já a prisão em flagrante delito pode ser efetuada por qualquer indivíduo, dispondo o art. 301 do CPP que "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

O art. 302 do CPP estabelece que determinada pessoa pode ser presa em flagrante delito quando: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (art. 303).

Há *precariedade do flagrante como fundamento da prisão*: ao receber o auto de prisão em flagrante em até 24 horas, o juiz deverá fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, se se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou ainda III – conceder liberdade

provisória, com ou sem fiança. Consequentemente, o flagrante delito não poderá servir para manter um indivíduo preso durante uma investigação ou processo penal.

Na segunda hipótese referente à prisão decretada por ordem de autoridade judiciária competente, a Constituição de 1988 permitiu que a lei regulasse, de modo proporcional, a restrição à liberdade.

A Lei n. 12.403, de 2011, expressamente fez referência à indispensabilidade do binômio "necessidade e adequação" para que seja decretada qualquer medida cautelar restritiva à liberdade. Antes da sentença penal definitiva, é essencial a demonstração da *necessidade*, *adequação* e *urgência* para a prisão cautelar. São espécies legais de prisão provisória ou processual (antes da sentença definitiva) decretada por autoridade judiciária: prisão temporária e a prisão preventiva. Atualmente, então, antes da sentença penal definitiva, só há três hipóteses de prisão criminal de determinada pessoa: (i) *flagrante delito* (que deve depois se redundar em liberdade ou prisão preventiva); (ii) *prisão temporária*; (iii) *prisão preventiva*.

A prisão temporária é decretada pelo juiz na *fase investigatória*, a requerimento da Polícia ou do Ministério Público, sendo cabível nas hipóteses da Lei n. 7.960/89 e somente em virtude de sua imprescindibilidade para a investigação policial. A Lei n. 7.960 dispõe que caberá prisão temporária nas seguintes hipóteses: I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; ou II – quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; ou III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em crimes que elenca (que vão desde o homicídio doloso ao genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro). A *prisão temporária* terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Já a *prisão preventiva* consiste na espécie de prisão cautelar, a ser decretada pelo juiz em qualquer fase do inquérito ou processo, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, para que seja garantida a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (arts. 311 e 312 do CPP). É possível ainda a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das outras medidas cautelares (ver abaixo a lista das outras medidas cautelares possíveis).

A prisão preventiva será admitida nas seguintes hipóteses, mencionadas no art. 313 do CPP: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; II – no caso de reincidente que houver cometido outro crime doloso (com sentença transitada em julgado), desde que não transcorrido o período depurador inserido no art. 64, I, do CP; III – nos casos de crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV – no caso de dúvida quanto à identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese

recomendar a manutenção da medida.

Como *alternativa à prisão*, há hoje um extenso rol de medidas coercitivas menos invasivas, a saber (art. 319 do CPP):

a) comparecimento periódico em juízo;

b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

d) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do CP) e houver risco de reiteração;

h) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

i) monitoração eletrônica.

Há caso de *substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar*, que consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. Essa substituição do local do aprisionamento poderá ocorrer nos casos de indivíduo: I – maior de 80 anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – que seja considerado imprescindível para dar cuidados especiais a pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência; ou IV – seja gestante a partir do 7º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Finalmente, a 1ª Turma do STF reconheceu, em 2011, a possibilidade de prisão por autoridade policial e *condução coercitiva* do detido (também denominada prisão cautelar de curta duração) para fins de investigação policial (STF, 1ª Turma, HC 107.644/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-9-2011). Para o STF, o art. 144, § 4º, da CF/88 assegura às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. Consequentemente, os agentes policiais, tendo em vista a necessidade de elucidação de um delito, podem realizar, sem ordem judicial ou estado de flagrante delito, a *prisão* e *condução coercitiva* de pessoas para prestar esclarecimentos ou depoimentos (com uso de algemas, inclusive). Nesse acórdão, o STF *não* utilizou a "teoria dos poderes implícitos" da Polícia, pois existe *expressa previsão constitucional*, que dá poderes à polícia para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária. Cabe acompanhar atentamente a *evolução* da jurisprudência do STF (em virtude de não ter sido uma decisão do Plenário e

pelas aposentadorias e renovação dos quadros da Corte) a respeito dessa modalidade de *prisão cautelar de curta duração* decretada pela *autoridade policial* para fins de *investigação penal*.

Apesar desse importante precedente do STF autorizando a condução coercitiva por policiais *sem ordem judicial,* entendemos que é *necessário cautela*, uma vez que não há autorização legal.

A título de comparação, o Ministério Público *pode* requisitar condução coercitiva de vítimas e testemunhas, de acordo com o previsto na Lei Complementar n. 75/93 (art. 8º, I) e na Lei n. 8.625/93 (art. 26, I, *a*). Só é conduzida coercitivamente a pessoa que *descumpre* a regular notificação de comparecimento. Já a Polícia não é mencionada, o que gera discussão sobre se é necessária intimação para comparecimento e só após a condução coercitiva ou se pode a Polícia já prender a pessoa (em sua casa, local de trabalho etc.) e conduzi-la para prestar esclarecimentos. Além disso, essa prisão de curta duração já encontra sucedâneo que é a prisão temporária – com ordem judicial.

11.3. LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA

A Constituição de 1988 prevê que a *prisão ilegal* será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária e ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a *liberdade provisória*, com ou sem fiança (art. 5º, LXV e LXVI). Assim, há previsão constitucional expressa que possibilita (i) análise judicial da prisão de qualquer indivíduo e (ii) a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança.

Consequentemente, caso não seja necessária, adequada e urgente a segregação cautelar de um indivíduo ou outra medida menos invasiva, o juiz deve conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (se a pena privativa de liberdade cominada for superior a quatro anos: 10 a 200 salários mínimos). No caso de crimes com pena prevista igual ou inferior a quatro anos, a fiança pode ser arbitrada já pelo delegado de polícia (no valor de 1 a 100 salários mínimos).

Há determinados crimes aos quais a Constituição *proíbe* a fiança, que são os (i) crimes de racismo; (ii) crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos; e (iii) crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Contudo, *mesmo diante* de delitos inafiançáveis, caso não haja necessidade da prisão provisória, deve o juiz conceder *liberdade provisória sem fiança*.

Em 2012, o STF reconheceu a *inconstitucionalidade* da proibição da concessão de liberdade provisória aos acusados de tráfico de entorpecentes, prevista na Lei Antidrogas (art. 44 da Lei n. 11.343/2006). Para o STF, cabe ao magistrado analisar o caso concreto e conceder a restituição da liberdade no crime de tráfico de entorpecentes caso faltem os requisitos da imposição da prisão preventiva, impondo ainda as medidas cautelares previstas na Lei n. 12.403, exceto a fiança que continua proibida pelo texto constitucional. Ou seja, para o STF, o art. 5º, XLIII, da CF/88 não proibiu a liberdade provisória e sim somente a fiança (HC 104.339, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-5-2012).

A prisão processual ou provisória é, assim, medida excepcional, que deve ser fundamentada e servir como última opção ao julgador.

11.4. PRISÕES NOS CASOS DE TRANSGRESSÕES MILITARES OU CRIMES PROPRIAMENTE MILITARES, DEFINIDOS EM LEI E AS PRISÕES NO ESTADO DE EMERGÊNCIA

Além da prisão em flagrante, a Constituição de 1988 prevê quatro hipóteses de prisão que independem de ordem judicial, a saber:

a) Prisão por transgressão militar. A Lei n. 6.880/80 ("Estatuto dos Militares") determina, em seu art. 42, que "a violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas". Assim, a transgressão disciplinar consiste na violação dos regulamentos administrativos do corpo militar, que, de acordo com o art. 142 da CF/88 (também repetido no art. 1º da LC n. 97/99 – normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas), deve ser organizado com base na hierarquia e na disciplina. Para assegurar plenamente esses preceitos (hierarquia e disciplina), é permitida pelo texto constitucional a decretação de prisão pelo superior competente por falta administrativa de determinado militar. Porém, exige-se que haja a prévia menção da conduta como falta disciplinar, inserida no regulamento administrativo do corpo militar.

b) Prisão por crime militar próprio, definido em lei. O Brasil adotou o critério legal para definição do crime militar (*ratione legis*): é crime militar o que a lei, no caso o Código Penal Militar (CPM, Decreto-Lei n. 1.001/69) assim define. O crime militar próprio é aquele que só pode ser praticado por militar, como, por exemplo, os crimes de abandono de posto (art. 195 do CPM), omissão de eficiência da força (art. 198 do CPM), omissão de eficiência para salvar comandados (art. 199 do CPM), dormir em serviço (art. 203 do CPM), de deserção (art. 187 do CPM), entre outros.

c) Prisão em Estado de Defesa. A Constituição permite que, na vigência do estado de defesa, a prisão por crime contra o Estado poderá ser determinada administrativamente pelo executor da medida, que a comunicará imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial (art. 136, § 3º, I).

d) Prisão em Estado de Sítio. A Constituição permite que, no estado de sítio decretado por comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, seja feita a prisão por ordem administrativa do executor do estado de sítio, com detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns (art. 139, II). No estado de sítio decretado por declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira também é possível a decretação da prisão por ordem administrativa do executor.

11.5. ENUNCIAÇÃO DOS DIREITOS DO PRESO

A importância de se garantir os direitos de um indivíduo no momento da prisão é universal, pois evita abusos a um indivíduo que está fragilizado e evidentemente em situação de vulnerabilidade. Para implementar esses direitos nos Estados Unidos, a Suprema Corte estadunidense – durante o período de atuação do *Chief Justice* Warren – decidiu, no caso

"Miranda *vs*. Arizona"[35] em 1966, que todo custodiado deve ser *advertido*, *no momento da prisão*, pela própria polícia, que tem *direito de ficar em silêncio* ou, caso prefira falar, de *consultar previamente seu advogado*[36].Qualquer outro comportamento da polícia ensejaria a nulidade da confissão obtida. No caso *Miranda,* o voto do *Chief Justice* Warren expôs as vísceras do sistema de investigação policial norte-americano, por meio da transcrição de partes de *manuais de interrogatório,* que ensinavam como obter a confissão do suspeito, por meio de técnicas diversas.

O ponto em comum de todas essas técnicas usadas nos EUA era criar uma atmosfera de dominação, isolar e fragilizar o suspeito, impedindo contatos com advogados e parentes. Assim, valia tudo para obter a confissão: uso da representação com toques teatrais do "policial bom, policial mau" ("*Mutt and Jeff"*, no jargão), falsas "testemunhas" e reconhecimentos forjados para desestabilizar o suspeito, duração excessiva do interrogatório, sugestão de exculpantes (como legítima defesa – mas que não teriam credibilidade alguma, conforme comemora o próprio manual, uma vez que o suspeito teria inicialmente negado a autoria), argumentos para convencer o suspeito a não chamar um advogado ("se você é inocente, por que precisa de um advogado?"), entre outras "técnicas". Tudo isso sem contar a violência pura, que, obviamente, não constava dos manuais, mas que foi lembrada no voto do Juiz Warren[37]. O resgate desse voto histórico é importante para demonstrar a importância universal dos direitos do indivíduo no *momento em que é preso*.

A Constituição de 1988 enumera alguns direitos do indivíduo que devem ser enunciados pelo executor da medida:

a) Direito à comunicação do local de sua prisão. O preso tem o direito de que seja comunicado à família (ou a pessoa por ele indicada) e ao juiz competente do local onde se encontre. Essa comunicação permite o relaxamento da prisão ilegal ou ainda a concessão da liberdade provisória.

b) Direito ao silêncio. O preso será informado do seu direito de permanecer calado. Esse direito é também denominado "autodefesa passiva", com o investigado ou réu preferindo adotar uma linha de defesa não ativa, uma vez que cabe à Acusação provar o alegado. Ora, por conseguinte, não pode o acusado ser apenado por um exercício regular do direito de defesa, e, então, não se pode extrair nenhuma consequência negativa do exercício do direito ao silêncio, como, por exemplo, estipulava a antiga redação do art. 186[38] do CPP brasileiro, felizmente já alterada[39].

c) Direito à assistência da família e de advogado. O preso tem assegurada a assistência da família e de advogado. Caso não possua recursos para pagar o advogado sem prejuízo da subsistência pessoal ou familiar, tem direito à assistência jurídica integral por intermédio da Defensoria Pública.

d) Direito à identificação dos captores e dos interrogadores. O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

A jurisprudência ainda extraiu o *privilégio contra a autoincriminação* do preso e dos demais investigados e acusados, decorrente do direito expresso ao silêncio do preso, como veremos abaixo.

11.6. DIREITO A NÃO CONTRIBUIR PARA SUA PRÓPRIA INCRIMINAÇÃO

Diversos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil asseguram o direito de todo indivíduo de *não ser obrigado a se autoincriminar*, o que é conhecido pelo brocardo latino *nemo tenetur se detegere*. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e já ratificado e incorporado internamente, assegura a "cada indivíduo acusado de um crime", entre as garantias processuais mínimas para o exercício do direito de defesa, aquela de *"não ser constrangido a depor contra si mesmo ou a confessar-se culpado"* (art. 14, II e III, *g*). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em vigor para o Brasil desde 1992, assegura "a toda pessoa acusada de delito", entre outras garantias mínimas, *o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada* (art. 8º, II, *g*).

No caso brasileiro, a *disposição constitucional sobre o direito ao silêncio* do preso (art. 5º, LXIII, ver comentário acima) gerou, para o STF, o direito de toda pessoa, perante qualquer Poder, em qualquer processo (administrativo ou judicial), não importando a qualidade de sua posição no procedimento (mesmo se na condição de testemunha) de não ser obrigado a se autoincriminar ou a contribuir, de qualquer forma, para sua própria incriminação (privilégio contra a autoincriminação, *nemo tenetur se detegere*).

O direito a não ser *obrigado* a se autoincriminar compõe o direito à defesa. A não incriminação é uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da *inatividade* do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. O indivíduo pode defender-se da maneira que entender mais conveniente, sem que ninguém possa coagi-lo ou induzir seu comportamento, podendo inclusive optar pelo *non facere*. Afinal, o ônus da prova recai sobre a Acusação.

O direito de não ser obrigado a se autoincriminar implica a proibição de qualquer ato estatal que impeça, condicione ou perturbe a vontade do indivíduo de não contribuir para o processo sancionatório contra ele dirigido no momento ou no futuro (o que protege a testemunha de responder a pergunta que pode, futuramente, levar a um processo contra si).

As principais consequências, na jurisprudência brasileira, do privilégio contra a autoincriminação são:

a) Silêncio em face de pergunta cuja resposta é autoincriminadora. O STF já se pronunciou diversas vezes que toda *pessoa* pode invocar o direito de não produzir prova contra si, mesmo sem acusação formal ou no momento de depoimento na condição de testemunha. Toda *pessoa* que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos públicos, inclusive perante um juiz e Comissão Parlamentar de Inquérito, pode invocar o direito ao silêncio, sem qualquer prejuízo ou sanção (por exemplo, prisão em flagrante pelo crime de falso testemunho, modalidade "calar a verdade").

b) Nulidade gerada pela ausência da notificação do direito ao silêncio. O STF determinou que há *nulidade* no caso de omissão de informação do direito do preso de quedar-se em silêncio, pois "ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e

impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas" (HC 78708-1, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

c) Direito de não produzir elementos que servirão de prova contra si mesmo. O investigado não pode ser obrigado, sob "pena de desobediência", a fornecer qualquer elemento de prova contra si mesmo. Por exemplo, não cabe exigir autógrafos para servir de padrão à perícia. Há outros métodos menos gravosos e que atingem o mesmo resultado, como, por exemplo, fazer requisição a órgãos públicos que detenham documentos da pessoa a qual é atribuída a letra.

d) Direito à mentira e as falsidades do investigado. O direito de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo *foi expandido* no Brasil e fundamenta, em conjunto com o direito à ampla defesa (modalidade autodefesa), a *atipicidade* da conduta de *apresentar versões falsas*. O tipo penal de falso testemunho *não* comporta a punição do investigado ou acusado. O art. 342 do CP, com a redação dada pela Lei n. 10.268/2001, estabelece ser o falso testemunho o ato da testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral, de fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, o que exclui o investigado ou réu.

e) Direito à mentira e impossibilidade de usar as falsidades na dosimetria da pena. Como resultado do direito do réu de se defender com versões falsas, não pode o juiz, na visão majoritária, usar tal conduta na dosimetria da pena, punindo com maior severidade o réu. Para o STF, "a fixação da pena acima do mínimo legal exige fundamentação adequada, baseada em circunstâncias que, em tese, se enquadrem entre aquelas a ponderar, na forma prevista no art. 59 do CP, não se incluindo, entre elas, o fato de haver o acusado negado falsamente o crime, em virtude do princípio constitucional – *nemo tenetur se detegere*" (HC 68.742, Rel. p/ o ac. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 28-6-1991, Plenário, *DJ* de 2-4-1993, com vários julgados posteriores).

f) Vedação da atribuição falsa de identidade. Todavia, o investigado *não pode mentir e atribuir para si falsa identidade*. Deve optar pelo silêncio, caso não queira revelar sua identidade verdadeira, pois poderá ser processado pelo crime previsto no art. 307 do CP ("Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem"). Para o STF, "o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF/1988) *não* alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP)" (RE 640.139-RG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 22-9-2011, Plenário, *DJE* de 14-10-2011, com repercussão geral).

g) Privilégio contra a autoincriminação e a interceptação telefônica. O privilégio contra a autoincriminação proíbe apenas que o Estado exija do investigado que contribua com sua própria incriminação. Contudo, *não impede* que o Estado realize investigações que colham, inclusive, a confissão do investigado em interceptações telefônicas ou escutas ambientais. O que é vedado, por ofensivo à dignidade humana, é coagir e forçar o investigado a revelar a prática de crime. Nesse sentido, o STF decidiu que "(...) não pode vingar a tese da impetração de que o fato de a autoridade judiciária competente ter determinado a

interceptação telefônica dos pacientes, envolvidos em investigação criminal, fere o direito constitucional ao silêncio, a não autoincriminação" (HC 103.236, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-6-2010, Segunda Turma, *DJE* de 3-9-2010).

h) Privilégio contra a autoincriminação e o dever de apresentação de documentos. *O dever de fornecer documentos* é tratado de modo diferente. Nesse último caso, esses documentos entregues em si não têm o condão de incriminar ou absolver quem quer que seja. A batalha da defesa estará na interpretação do alcance e sentido de cada informação contida nos documentos. Assim, é legítima a requisição de documentos ou mesmo o recurso à busca e apreensão judicial de documentos.

i) Privilégio contra a autoincriminação e a intervenção corpórea mínima. O privilégio contra a autoincriminação e a integridade física são direitos utilizados para impedir que o Estado exija do investigado que ceda material integrante do próprio corpo para a investigação de ilícitos. Assim, no Brasil, *é vedado* que se exija de um indivíduo que doe material para o exame de DNA, que faça o teste do etilômetro ("bafômetro") ou permita exame de sangue para aferição de estado de embriaguez. A conduta do investigado em fazer tais atos tem que ser *voluntária*, não podendo ser exigida. Nada impede, contudo, que a investigação obtenha material *sem* que a integridade física seja violada. No STF, foi considerado legítimo o exame de DNA feito na placenta, após sua expulsão pelo corpo, mesmo contra a vontade da mãe (Rcl 2.040-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 21-2-2002, Plenário, *DJ* de 27-6-2003). *Contudo*, outros órgãos internacionais de direitos humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, *aceitam* a intervenção corpórea mínima no próprio investigado (p. ex., exame compulsório de DNA), de modo a preservar o direito à verdade e à justiça das vítimas, fazendo *ponderação* entre os direitos do investigado e os direitos das vítimas.

11.7. PRISÃO EXTRAPENAL

Há casos de prisão de natureza não criminal, que não tem o caráter de pena criminal, a saber:

a) prisão especial ou preventiva para fins de deportação, expulsão e extradição. Essa prisão era ordenada, antes da Constituição de 1988, por autoridade administrativa, sendo conhecida como prisão administrativa, conforme dispõe a Lei n. 6.815/80 (arts. 61, 69 e 81). Com a Constituição de 1988, cabe ao juiz federal ordenar a prisão especial para fins de deportação e expulsão (prazo máximo de 90 dias, segundo a construção jurisprudencial de Tribunais Regionais Federais) e ao STF ordenar a prisão preventiva para fins de extradição;

b) prisão civil do alimentante inadimplente injustificado. No caso da prisão do depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CF/88), o STF não mais a admite, em face da adoção de tratados internacionais de direitos humanos que impedem sua adoção (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; Convenção Americana de Direitos Humanos). A Súmula Vinculante 25 do STF dispõe que "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito";

c) prisão administrativa disciplinar, já estudada acima e ordenada por autoridade militar nos casos de transgressões militares, fundada nos arts. 5º, LXI, e 142, § 2º, da CF/88.

12. Liberdade de reunião e manifestação em praça pública

> *Art. 5º, XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;*

A Constituição de 1988 assegura a todos o *direito de se reunir*, pacificamente e sem armas, em locais abertos ao público, sem necessidade de autorização prévia, desde que: (i) avisem previamente à autoridade competente e (ii) não frustrem outra reunião já convocada anteriormente.

A liberdade de reunião é *direito-meio*, que viabiliza a liberdade de expressão e a liberdade de associação, permitindo a participação da sociedade civil na vida política e social. A reunião em "local aberto ao público" é o instrumento que viabiliza essa participação.

Os requisitos para que se tenha o direito à reunião consistem em *seis* elementos: a) *pessoal*: qualquer um pode utilizá-lo; b) *temporal*: não pode ser inviabilizada outra reunião no mesmo horário; c) *finalidade*: o fim deve ser pacífico, ou seja, não pode ser feita reunião com violência ou incitação ao ódio ou à discriminação; d) *espacial*: não pode se sobrepor a outra reunião marcada anteriormente no mesmo local; e) *circunstancial:* não pode ser feita com participantes armados; e f) *formal*: deve existir aviso prévio à autoridade competente, para que se verifique a existência dos demais elementos e viabilidade da reunião.

Existentes esses elementos, o espaço público pode abarcar a defesa de teses não majoritárias, como a da defesa da *legalização das drogas* ou de qualquer outro tipo penal. Essa defesa de *teses contrárias ao Direito Penal vigente* não se constitui em apologia ao crime, mas sim o exercício legítimo do direito à livre manifestação do pensamento, graças ao exercício do direito de reunião, como decidiu o STF no Caso da "Marcha da Maconha". Nesse caso, o STF interpretou o Código Penal restritivamente, considerando que não é "apologia ao crime" do art. 287 do CP a defesa em praça pública da mudança da lei e legalização do uso e produção da maconha (ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-6-2011, Plenário, Informativo 631).

Em outro caso emblemático, o STF considerou inconstitucional o Decreto n. 20.098/99 do Distrito Federal, que proibia a *manifestação com aparelhos sonoros* na Praça dos Três Poderes em Brasília. O STF considerou que a liberdade de reunião e de manifestação pública são conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas, não podendo ser exigidas "manifestações silenciosas" (ADI 1.969, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28-6-2007, Plenário, *DJ* de 31-8-2007).

13. Liberdade de associação

> *Art. 5º, XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;*

Art. 5º, XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

Art. 5º, XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

Art. 5º, XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

Art. 5º, XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

A liberdade de associação consiste no *direito de formação de entidades,* não importando a espécie ou natureza (com ou sem fim lucrativo), sendo *proibida* unicamente as de *caráter paramilitar*. O "caráter paramilitar" expressamente proibido pela Constituição refere-se a associações que buscam organizar e treinar seus membros de forma similar à das Forças Armadas, com uso de hierarquia, disciplina, cadeia de comando (com ou sem fardamento próprio) e voltado a atividades bélicas. A proibição expressa de associações de caráter paramilitar não elimina a possibilidade de proibição também de funcionamento de associações voltadas a *outras* práticas ilícitas, incidindo nesse caso, a ponderação entre o direito de associação e os direitos de terceiros (futuras vítimas das práticas ilícitas).

Foi prevista pela primeira vez em um texto constitucional brasileiro na Constituição de 1891, destacando-se nos textos constitucionais sucessivos. Há duas facetas ou dimensões da liberdade de associação: a dimensão positiva e a dimensão negativa. A liberdade de associação *positiva* assegura a qualquer pessoa (física ou jurídica) o direito de associar-se e de formar associações, gerindo-as sem interferência do Estado. Já a liberdade de associação *negativa* impede que qualquer pessoa seja compelida a filiar-se, permanecer filiado ou ainda a se desfiliar de determinada entidade (ADI 3.045, voto do Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-8-2005, Plenário, *DJ* de 1º-6-2007).

Além da liberdade de criação (salvo a de caráter paramilitar), a Constituição ainda estabelece outras regras regentes da liberdade de associação, a saber:

(i) criação e funcionamento *independente* de autorização estatal;

(ii) *proibição* da interferência estatal em seu funcionamento;

(iii) *suspensão* de suas atividades por *decisão judicial*, mesmo que em liminar;

(iv) *dissolução* compulsória só poderá ser feita por *ordem judicial transitada em julgado*;

(v) legitimidade para *representar* seus filiados judicial ou extrajudicialmente, quando expressamente autorizadas, quer seja no estatuto institutivo ou mediante deliberação em Assembleia. Para o STF, descabe exigir instrumentos de mandatos subscritos pelos associados (RE 192.305, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-12-1998, Segunda Turma, *DJ* de 21-5-1999). Trata-se do instituto da representação processual (defesa de interesses de terceiros, em nome de terceiros), diferente do instituto da substituição processual (defesa em nome próprio dos interesses de terceiros), regulado no inciso LXX do art. 5º.

A Constituição ainda regula o direito de associação em dispositivos referentes aos

sindicatos (art. 8º), aos partidos políticos (art. 17) e às cooperativas (arts. 5º, XVIII, e 146 e 174).

13.1. JURISPRUDÊNCIA DO STF

> **Liberdade de Associação na dimensão negativa.** Ninguém pode ser obrigado a pagar mensalidade de associação a qual não quer ingressar, mesmo que seja beneficiado pelos trabalhos da dita associação. “Por não se confundir a associação de moradores com o condomínio disciplinado pela Lei n. 4.591/1964, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido. Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da manifestação de vontade – art. 5º, II e XX, da CF” (RE 432.106, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20-9-2011, Primeira Turma, *DJE* de 4-11-2011).
>
> **Representação por parte da Associação.** “A representação prevista no inciso XXI do art. 5º da CF surge regular quando autorizada a entidade associativa a agir judicial ou extrajudicialmente mediante deliberação em assembleia. Descabe exigir instrumentos de mandatos subscritos pelos associados” (RE 192.305, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-12-1998, Segunda Turma, *DJ* de 21-5-1999).

14. Direito de propriedade

> *Art. 5º, XXII – é garantido o direito de propriedade;*
>
> *Art. 5º, XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;*
>
> *Art. 5º, XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;*
>
> *Art. 5º, XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;*
>
> *Art. 5º, XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;*

14.1. CONCEITO E FUNÇÃO SOCIAL

O direito de propriedade consiste na *faculdade de usar, gozar, usufruir e dispor de um determinado bem*. A Constituição de 1988 o inseriu, inicialmente, no *caput* do art. 5º (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade ...do direito ... à propriedade”).

Após, no inciso XXII do mesmo art. 5º, houve novamente a menção à garantia do direito de propriedade e, no inciso seguinte, foi previsto que a propriedade atenderá a sua função social. A propriedade e sua função social são também princípios da ordem econômica e financeira da

Constituição, tendo disposto o seu art. 170, II e III, que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II – propriedade privada; III – função social da propriedade privada”.

Assim, a Constituição consagrou, expressamente, a *relatividade* do direito de propriedade, que não é mais absoluto e sagrado (como constava, por exemplo, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, art. 17), devendo o proprietário cumprir a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF). Assim, o direito de propriedade não é mais um direito liberal ou de abstenção tradicional, no qual seu titular pode exigir a ausência de turbação ao seu exercício; é um direito que exige do proprietário e do Estado conduta ativa (o cumprimento da função social) em prol dos interesses da comunidade.

A função social da propriedade consiste na *exigência do exercício, pelo proprietário, dos atributos inerentes ao direito de propriedade de modo compatível com o interesse da coletividade*.

Para cumprir a função social da propriedade, o proprietário deve tanto respeitar limitações (*dimensão negativa da função social da propriedade*) quanto parâmetros de ação (*dimensão positiva*), agindo em prol do interesse público. Logo, o objetivo do direito de propriedade não é mais restrito aos interesses egoísticos do seu titular, mas sim é vinculado ao interesse de toda a coletividade.

A Constituição diferencia duas espécies de função social, a depender do tipo de propriedade (urbana ou rural):

• **Função social da propriedade urbana:** de acordo com o art. 182, § 2º, da CF/88, a propriedade urbana cumpre a função social quando obedece às diretrizes fundamentais de ordenação da cidade fixadas no plano diretor. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 1º, da CF).

• **Função social da propriedade rural:** o art. 186 da CF/88 estabelece que a propriedade rural cumpre sua função social quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

14.2. AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Em nome do direito de todos a condições mínimas de sobrevivência, o Estado pode limitar e regular o direito de propriedade individual e interferir nas atividades econômicas dos entes privados.

A Constituição de 1988 distingue a forma e a intensidade de tais restrições e regulações, como se vê abaixo:

1) Propriedade que esteja cumprindo sua função social. A Constituição prevê que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV). No

mesmo sentido, as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro (art. 182, § 3º).

2) Propriedade que não esteja cumprindo a sua função social. A Constituição prevê a desapropriação para fins de reforma agrária no caso da propriedade rural (ver abaixo), com pagamento ao desapropriado por meio de títulos da dívida pública. No caso de imóvel urbano, a Constituição determinada que o Poder Público municipal, mediante lei específica para a área incluída no plano diretor, possa exigir nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano (i) não edificado, (ii) subutilizado ou (iii) não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento (função social da propriedade urbana), sob pena, sucessivamente, ou seja, da punição menos gravosa a mais gravosa, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre propriedade predial e territorial progressivo no tempo; III – desapropriação com o pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate em até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurado o valor real da indenização e os juros legais.

3) Propriedade que esteja sendo utilizada para produção de plantas psicotrópicas ilegais. Excepcionalmente, a Constituição prevê caso de confisco, ou seja, de perda da propriedade sem indenização, para punir o proprietário que determina ou deixa que ocorra a cultura ilegal de plantas psicotrópicas (art. 243).

4) Propriedade que seja indispensável para combater iminente perigo público. A Constituição prevê que, no caso de iminente perigo público, o Estado poderá usar a propriedade particular, sendo assegurada indenização posterior de danos causados ao proprietário (art. 5º, XXV). O perigo não precisa ser atual, basta a alta probabilidade de ocorrência (iminência).

5) Propriedade indispensável para a preservação do patrimônio histórico-cultural do Brasil. O patrimônio cultural brasileiro consiste no conjunto de bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. A Constituição prevê que o Estado, com a colaboração da comunidade, deve promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. A própria Constituição determinou o tombamento de todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216 e seus parágrafos).

14.3. A DESAPROPRIAÇÃO

A CF/88 prevê a possibilidade de perda do direito de propriedade para o atendimento do (i) interesse público geral, (ii) da função social da propriedade rural e (iii) da função social da propriedade urbana.

A desapropriação para a satisfação do interesse público geral é chamada também de *desapropriação ordinária* (comum), que resulta na transferência compulsória da propriedade para o Poder Público por motivo de necessidade (a desapropriação é indispensável), utilidade pública (a desapropriação aumenta o proveito extraído da propriedade pela coletividade) ou ainda interesse social (determinado grupo social será beneficiado). A

Constituição exige que seja paga (a) indenização justa, (b) previamente à transferência e (c) em dinheiro (art. 5º, XXIV).

Por sua vez a desapropriação por descumprimento da função social da propriedade rural é comumente denominada *desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária*. Somente a *União* pode desapropriar para tal finalidade e recai sobre o imóvel que não esteja cumprindo sua função social, mediante *prévia* e *justa* indenização em *títulos da dívida agrária*, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de *até vinte anos*, a partir do segundo ano de sua emissão. As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I – a *pequena e média propriedade rural*, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; e II – a *propriedade produtiva* (art. 185).

A lei garantirá tratamento especial à propridade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, *simultaneamente*, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186 da CF/88). A Lei n. 8.629/93 trata da temática.

Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de *dez anos*. A Lei complementar n. 76/93, com alterações realizadas pela Lei Complementar n. 88/96, rege o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.

Finalmente, a desapropriação por descumprimento da função social urbana da propriedade consiste na perda do direito de propriedade sobre imóvel urbano não edificado, não utilizado ou subutilizado. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor. A Lei n. 10.257/2001, denominada "Estatuto da Cidade" rege a desapropriação para fins de política urbana.

É possível que o Poder Público exija do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que este promova seu adequado aproveitamento, sob pena, *sucessivamente* (ou seja, deve-se tentar inicialmente a restrição menos agressiva), de:

a) parcelamento ou edificação compulsórios;

b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

c) finalmente, a última e mais drástica sanção (só após a ineficácia das duas anteriores): a desapropriação mediante pagamento com títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

14.4. IMPENHORABILIDADE

De acordo com o art. 5º, XXVI, da CF/88, a pequena propriedade rural, assim definida em

lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

Assim, o regime constitucional da impenhorabilidade da propriedade rural é composto pelos seguintes elementos: (i) somente a pequena propriedade; (ii) trabalhada pela família; (iii) somente quanto aos débitos decorrentes da atividade produtiva. Essa impenhorabilidade constitucional tem aplicação imediata (RE 136.753, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13-2-1997, Plenário, *DJ* de 25-4-1997).

14.5. PROPRIEDADE DE ESTRANGEIROS

Apesar da igualdade entre os brasileiros e estrangeiros residentes prevista no art. 5º, a própria CF/88 determina tratamentos diferenciados ao longo do seu texto. No caso do direito de propriedade, ela estabelece as seguintes restrições e condicionantes a estrangeiros (pessoas físicas ou jurídicas):

i) Restrição na aquisição e arrendamento. A Constituição dispõe que a lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional. Autorização do Senado Federal. A Lei n. 5.709/71 determina que a aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua. No caso de pessoas jurídicas estrangeiras ou controlados por estrangeiros, somente poderão ser adquiridos imóveis rurais destinados à implantação de projetos agrícolas, pecuários e industriais que estejam vinculados aos seus objetivos de negócio previstos no estatuto social. A soma das áreas rurais pertencentes a empresas estrangeiras ou controladas por estrangeiros não poderá ultrapassar 25% da superfície do município (ver Parecer AGU de 2010 abaixo).

ii) A empresa brasileira controlada por estrangeiro. Em 1995, foi editada a Emenda Constitucional n. 6 que eliminou do texto original da Constituição a distinção entre empresa brasileira e a empresa brasileira de capital nacional (revogação do art. 171 da CF/88), o que permitiu que empresas brasileiras controladas por capital estrangeiro adquirissem livremente terras no país. Contudo, em 2010, foi editado o *Parecer da AGU n. LA –01*, de 19 de agosto de 2010, sobre aquisição de terras por estrangeiros, aprovado pelo Presidente da República, e, consequentemente, com força vinculante para a Administração Pública Federal (arts. 40 e 41 da LC n. 73/93). Nesse Parecer, decidiu-se que continua válida a previsão da Lei n. 5.709/71 sobre a restrição da aquisição e arrendamento de imóveis rurais à “pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior”. Com isso, as empresas brasileiras controladas por capital estrangeiro (as “multinacionais”) ficaram sob o regime das restrições acima expostas. Pela nova interpretação, a EC n. 6/95 não influencia na temática, que deve ainda ser regida pelo art. 190 da CF/88, que prega a possibilidade de limitação da aquisição de terras por estrangeiros. Após o Parecer, devem ser registradas as aquisições por tais empresas em livros especiais nos cartórios de imóveis, com comunicação à Corregedoria de Justiça dos Estados e ao Ministério do Desenvolvimento Agrário. Já há

entendimento do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo pela *inconstitucionalidade* da nova interpretação da AGU[40].

iii) Faixa de Fronteira. A Constituição prevê que a faixa de até 150 quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, é designada como *faixa de fronteira*, sendo considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei (art. 20, § 2º, da CF/88). A Lei n. 6.634/79 veda transações com imóvel rural, que impliquem a obtenção, por estrangeiro, do domínio, da posse ou de qualquer direito real sobre o imóvel na faixa de fronteira. Proíbe ainda a participação, a qualquer título, de estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, em pessoa jurídica que seja titular de direito real sobre imóvel rural na faixa de fronteira.

iv) Meios de comunicação. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. Em qualquer caso, 70% do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação (EC n. 36/2002).

v) Embarcações estrangeiras. Pela redação original dos §§ 2º e 3º do art. 178 da CF/88, deveriam ser brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais e ainda deveria ser a navegação de cabotagem e a interior privativas de embarcações nacionais, salvo caso de necessidade pública. Com as reformas liberalizantes e de abertura ao capital internacional dos anos 90 no Brasil (e em vários países da América Latina), foi aprovada a Emenda Constitucional n. 07, de 1995, que alterou o art. 178 e remeteu o tratamento normativo dos transportes aéreo, aquático e terrestre à lei ordinária federal, devendo esta, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os *acordos internacionais* celebrados pelo Brasil, atendido o princípio da *reciprocidade*. Também ficou disposto que a lei regerá as condições em que o transporte de mercadorias na (i) cabotagem (navegação feita com observação da costa) e a (ii) navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras. Assim passou-se a admitir a propriedade por estrangeiros de navios nacionais e ainda permitiu-se que embarcações estrangeiras concorram pelo transporte de mercadorias no mar territorial e nas águas interiores do País, rompendo-se a tradição de monopólio dos navios nacionais.

15. Direitos autorais

> *Art. 5º, XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;*
> *Art. 5º, XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:*
> *a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;*
> *b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações*

sindicais e associativas;

Art. 5º, XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

15.1. DIREITOS AUTORAIS E DOMÍNIO PÚBLICO

O Direito da Propriedade Intelectual consiste no conjunto de regras de proteção referentes às criações intelectuais, bem como seus limites, abarcando tanto o *Direito de Autor* quanto o *Direito de Propriedade Industrial* (ver abaixo). Nesse sentido, o Brasil ratificou e incorporou internamente, pelo Decreto n. 75.541/75, o tratado que criou a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, de 1967 (também chamada de Convenção de Estocolmo). De acordo com a citada Convenção, a *proteção da propriedade intelectual* consiste na defesa dos direitos relativos às *obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações* dos artistas e suas emissões, às *invenções* em todos os domínios da atividade humana, às *descobertas científicas,* aos *desenhos e modelos industriais,* às *marcas industriais, comerciais* e de *serviço,* bem como às *firmas e denominações comerciais,* bem como todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico (art. 2º, VIII).

O Direito de Autor consiste no conjunto de direitos e limitações do criador de determinada obra intelectual sobre o *integralidade de sua criação e gozo dos seus frutos*, em especial no que tange à reprodução, execução ou representação. No Brasil, há ainda direitos conexos aos direitos do autor, como os direitos do intérprete (sobre a sua interpretação de obra de terceiro) ou ainda do produtor.

No que toca aos direitos autorais, a Constituição prevê que a (i) utilização, (ii) publicação ou (iii) reprodução de qualquer obra pertence ao seu autor, sendo transmissíveis aos herdeiros. Desse dispositivo, extraem-se tanto *direitos da personalidade* do autor (por exemplo, conservar a obra) quanto *direitos de propriedade* (cessão e comercialização).

A herança no caso dos direitos de autor é condicionada ao prazo previsto na lei. Atualmente, rege o tema a Lei n. 9.610/98, que dispõe, no seu art. 22 que “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”. Ainda de acordo com a lei, os direitos patrimoniais do autor perduram por *setenta anos* contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Após, a obra recairá sob *domínio público*, sendo livre sua utilização, publicação e reprodução, mas devendo o Estado zelar pela integridade e autoria da obra caída em domínio público.

A Constituição assegura, ainda, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas, gerando o direito de arena, que consiste na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem (*vide* a Lei n. 9.615/98 e ainda a Lei n. 12.395, de 2011).

Além disso, cabe o *direito* de *fiscalização* do aproveitamento econômico das obras aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas. No caso brasileiro, a Lei n. 9.610/98 reconheceu a legitimidade da existência do Escritório Central para a Arrecadação e Distribuição (ECAD, regido inicialmente pela Lei n. 5.988/73, sociedade civil sem fins lucrativos, que desenvolve "atividade de caráter público" de acordo com o STF, RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-2005, Segunda Turma, *DJ* de 27-10- 2006), que fiscaliza e cobra os direitos relativos à execução pública das (i) obras *musicais* e (ii) lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, para, após, destinar o recurso ao autor. Também o STF decidiu que "pela execução de obra musical por artistas remunerados é devido direito autoral, não exigível quando a orquestra for de amadores" (Súmula 386).

15.2. A PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A Constituição prevê que a lei assegurará aos autores de (i) inventos industriais *privilégio temporário* para sua utilização, bem como *proteção* às (ii) criações industriais, à (iii) propriedade das marcas, aos (iv) nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

No Brasil, a Lei n. 9.279/96 regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, tendo estabelecido que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu *interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*, efetua-se mediante: I – concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II – concessão de registro de desenho industrial; III – concessão de registro de marca; IV – repressão às falsas indicações geográficas; e V – repressão à concorrência desleal.

Nesse sentido, decidiu o STF que "a propriedade da marca goza de proteção em todo território nacional. Não há se cogitar da coexistência do uso em Estados diferentes" (RE 114.601, Rel. Min. Célio Borja, julgamento em 14-2-1989, Segunda Turma, *DJ* de 12-5-1989).

Nessa mesma linha, o art. 218 da CF/88 dispõe que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, tendo sido editada a Lei n. 10.973/2004 que regula os incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnologias no ambiente produtivo.

16. Direito de herança e Direito Internacional Privado

> *Art. 5º, XXX – é garantido o direito de herança;*
>
> *Art. 5º, XXXI – a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus";*

A Constituição reconhece o *direito individual à herança*, que consiste na transmissão de bens de pessoa natural falecida ou declarada judicialmente ausente (ver abaixo) para os chamados herdeiros, escolhidos pela lei (herdeiro necessário) ou pelo titular dos bens por

meio de ato de última vontade (herdeiro testamentário). A abertura da sucessão se dá pela morte da pessoa natural ou pela ausência.

Nessa última hipótese, reconhece-se o estado de ausência a quem desaparece do seu domicílio sem dela haver notícia, sem representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, cabendo ao juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarar sua ausência, e nomear curador. Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas. Se, nos dez anos a que se refere este artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do (i) Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da (ii) União, quando situados em território federal.

No que tange à *sucessão que possa envolver dois ou mais ordenamentos jurídicos* (caso de direito internacional privado), a sucessão por morte ou por ausência obedece à *lei do país* em que domiciliado o *defunto* ou o *ausente*, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens (art. 10 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – nova denominação dada à antiga Lei de Introdução ao Código Civil pela Lei n. 12.376/2010).

Excepcionalmente, a Constituição criou *regra unilateral* de Direito Internacional Privado, que só pode ser aplicada *para beneficiar brasileiros*: a sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela *lei brasileira* em benefício do *cônjuge* ou dos *filhos brasileiros*, ou de quem os represente, sempre que *não lhes seja mais favorável* a lei pessoal do *de cujus*.

Assim, no caso de sucessão de bens de estrangeiros, mesmo se o falecido tiver domicílio em outro país, a *lei utilizada será a brasileira* no que tange aos bens situados no Brasil, *desde que* tal aplicação beneficie o cônjuge ou filhos brasileiros.

17. Defesa do consumidor

Art. 5º, XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

A Constituição de 1988 reconheceu o dever de proteção do Estado aos *direitos do consumidor*, que consistem no conjunto de faculdades que asseguram o equilíbrio nas relações de consumo. A Lei n. 8.078/90 ("Código de Defesa do Consumidor", como denominou o art. 48 da ADCT) rege atualmente a matéria, tendo criado um *microssistema* de proteção calcado em normas cíveis, penais e administrativas. A defesa do consumidor deve ser um imperativo também da ordem econômica brasileira, como dispõe o art. 170, V, da CF/88. Nesse sentido, o STF decidiu que "o princípio da livre-iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de *defesa do consumidor*" (RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-6-2005, Segunda Turma, *DJ* de 5-8-2005). Assim, é imprescindível que o Estado brasileiro, por meio de políticas públicas, concilie a livre-iniciativa e a livre

concorrência com os princípios da *defesa do consumidor* e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social (STF, ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 3-3-1993, Plenário, *DJ* de 30-4-1993).

Corolário dessa exigência de defesa do consumidor foi a decisão do STF de considerar as instituições financeiras alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor (ADI 2.591-ED, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-12-2006, Plenário, *DJ* de 13-4-2007).

Também nas relações econômicas internacionais, o Brasil deve se pautar pelo respeito ao direito dos consumidores. Nesse sentido, coroando uma nova fase da harmonização do Direito do Consumidor no Mercosul foi editada a Declaração Presidencial dos Direitos Fundamentais dos Consumidores do Mercosul (aprovada na XLX Reunião do Conselho Mercado Comum, realizada em Florianópolis, nos dias 14 e 15 de dezembro de 2000), que evitou tratar os direitos do consumidor como barreira não tarifária ao comércio. Pelo contrário, os "considerandos" da Declaração reforçam o *caráter de direito fundamental* do direito do consumidor, realçando que "os regimes democráticos se baseiam no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, incluídos os direitos do consumidor". Nesse sentido, os Estados reconheceram que "a defesa do consumidor é um elemento indissociável e essencial do desenvolvimento econômico equilibrado e sustentável do Mercosul". Sem contar que os Estados aceitaram que, em "um processo de integração, com livre circulação de produtos e serviços, o equilíbrio na relação de consumo, baseado na boa-fé, requer que o consumidor, como agente econômico e sujeito de direito, disponha de uma proteção especial em atenção a sua vulnerabilidade".

18. Direito à informação e a Lei de Acesso à Informação Pública de 2011

> *Art. 5º, XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*

A Constituição de 1988 estabelece o *direito fundamental de acesso a informações de interesse particular ou de interesse coletivo* detidas pelo Poder Público, na forma da lei, que pode afastar esse direito em face de sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Em 2011, foi adotada a Lei n. 12.527, que entrou em vigor em 16 de maio de 2012 (regulamentada pelo Decreto n. 7.724/12), e que expressamente regulou o direito de acesso a informações previsto neste dispositivo constitucional.

Em linhas gerais, a Lei n. 12.527/2011 dispõe o seguinte:

• **Entes obrigados –** o direito de acesso à informação deve ser assegurado por: I – órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; II – autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou

indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios; III – entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

• **Dever de prestar as informações, sem provocação (transparência ativa) –** é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências (por exemplo, internet), de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. Como exemplo, a lei exige que as competências e estrutura organizacional, bem como os registros de repasses, despesas, licitações e dados gerais de programas diversos, além das respostas a perguntas mais frequentes da sociedade sejam disponibilizadas *ex officio*.

• **Pedido de informação –** qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações, por qualquer meio legítimo (o que inclui o *e-mail* e o formulário eletrônico), devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação.

• **Prazo para o fornecimento da informação –** o acesso à informação já disponível deve ser imediato. Não sendo possível, o prazo não pode ser superior a 20 dias para o fornecimento da informação, prorrogável por mais 10 dias, de modo fundamentado.

• **Recusa fundamentada –** a recusa deve indicar as razões de fato ou de acesso pretendido, o que inclui a ausência da informação em seu banco de dados, quando deverá indicar, se for do seu conhecimento, o órgão que a detém.

• **Custo –** o serviço de busca e fornecimento da informação é gratuito, salvo no caso de reprodução de documentos, situação em que poderá haver ressarcimento.

• **Exceções ao direito de acesso –** a Constituição prevê a ressalva impeditiva do sigilo indispensável à segurança da sociedade (ponham em risco a vida, a segurança ou a saúde da população) ou do Estado (o que abarca as informações indispensáveis à atuação soberana e independente do Estado – *vide* art. 23 da Lei), o que gerou a seguinte classificação tríplice de sigilo das informações públicas: a) ultrassecreta, com prazo máximo de restrição de acesso de 25 anos (renovável uma única vez); b) secreta, com prazo máximo de restrição de acesso de 15 anos; c) reservada, com prazo máximo de restrição de acesso de 5 anos.

• **Permissão de acesso incondicionada –** não poderá ser negado acesso à informação: a) necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais; b) sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas.

• **Não eliminação de outras hipóteses de sigilo legal –** a lei expressamente não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

• **Acesso restrito a informações pessoais –** o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das

pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. As informações pessoais terão as seguintes regras de acesso: I – terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e II – poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

• **Excepcional acesso amplo a informações pessoais –** o consentimento do interessado não será exigido quando as informações pessoais forem necessárias: I – à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; II – à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; III – ao cumprimento de ordem judicial; IV – à defesa de direitos humanos; ou V – à proteção do interesse público e geral preponderante; VI – em processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido; VII – em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

• **Responsabilidade dos agentes públicos –** a lei estabelece que o agente público (civil ou militar) que violar os dispositivos acima mencionados comete infração disciplinar e ato de improbidade administrativa.

• **Comissão Mista de Reavaliação de Informações –** é a Comissão que decidirá, no âmbito da Administração Pública federal, sobre o tratamento, classificação de informações sigilosas, com atribuição para rever a classificação de informações ultrassecretas ou secretas, de ofício ou mediante provocação de pessoa interessada, e também para prorrogar o prazo de sigilo de informação classificada como ultrassecreta, sempre por prazo determinado (no máximo mais 25 anos), enquanto o seu acesso ou divulgação puder ocasionar ameaça externa à soberania nacional ou à integridade do território nacional ou grave risco às relações internacionais do País.

• **Dever de informar não constitui quebra de sigilo –** a lei ainda dispõe sobre o dever do servidor público de comunicação de crime ou ato de improbidade, dispondo que nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade sobre informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública.

Mesmo antes da entrada em vigor da Lei em 2012, o STF já havia reconhecido o direito à informação de atos estatais, admitindo ser legítimo o acesso a dados da remuneração bruta, cargos e funções titularizados por servidores públicos, uma vez que tais dados concretizam a informação de interesse coletivo ou geral. Nesse mesmo caso, o STF afastou qualquer ofensa à intimidade, vida privada e segurança pessoal e familiar, determinando somente a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. Para o STF, tais revelações ao público representam "o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. (...) A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública" (SS 3.902-AgR-segundo, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 9-6-2011, Plenário, *DJE* de 3-10-

2011).

19. Direito de petição

> *Art. 5º, XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
> *a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*

O direito de petição (*right of petition)* consiste na faculdade de *provocar* as autoridades competentes para que *adotem* determinadas condutas comissivas ou omissivas na defesa de interesse próprio ou coletivo. Logo, o direito de petição pode ser individual ou coletivo.

O direito de petição abarca as chamadas "reclamações ou representações" dirigidas ao Poder Público, para expor reivindicações, exigindo que este se pronuncie sobre determinada questão fática ou de direito, referente a interesse particular ou coletivo.

Constitui-se uma *provocatio ad agendum,* ou seja, provocação para que o Poder Público se *pronuncie*, em prazo razoável, sem que o interessado tenha que pagar qualquer taxa ou se submeta a condição ou requisito (sem a necessidade, por exemplo, de possuir advogado). Por outro lado, o Poder Público pode *responder desfavoravelmente*, devendo cientificar o peticionante.

Mas o direito de petição *não é absoluto*, não podendo ser invocado para desobrigar o interessado a cumprir determinadas condições específicas voltadas ao exercício do direito de ação, uma vez que, conforme decidiu o STF, "o direito de petição, fundado no art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição, não pode ser invocado, genericamente, para exonerar qualquer dos sujeitos processuais do dever de observar as exigências que condicionam o exercício do direito de ação, pois, tratando-se de controvérsia judicial, cumpre respeitar os pressupostos e os requisitos fixados pela legislação processual comum. A mera invocação do direito de petição, por si só, não basta para assegurar à parte interessada o acolhimento da pretensão que deduziu em sede recursal" (AI 258.867-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-9-2000, Segunda Turma, *DJ* de 2-2-2001).

Foi com base no direito constitucional de petição que o STF reconheceu ser inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo (STF, Súmula Vinculante 21).

No mesmo sentido, há a Súmula 373 do STJ: "É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo".

20. Direito à certidão

> *Art. 5º, XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
> *b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*

Art. 5º, LXXVI – são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

Art. 5º, LXXVII – são gratuitas as ações de habeas corpus *e* habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania*

O direito à certidão consiste na *faculdade constitucional de exigir que seja atestada determinada situação particular ou de interesse coletivo por parte de órgão público competente*. Para a defesa do direito à certidão é cabível o mandado de segurança ou mesmo a ação civil pública, no caso da defesa de direitos e interesses individuais homogêneos (nesse sentido, STF, RE 472.489-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-4-2008, Segunda Turma, *DJE* de 29-8-2008).

A Lei n. 9.051/95 dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações. De acordo com a lei, as certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no *prazo improrrogável de quinze dias*, contado do registro do pedido no órgão expedidor.

A Constituição de 1988 ainda dispõe que são gratuitos para os reconhecidamente pobres (i) o registro civil de nascimento e (ii) a certidão de óbito, bem como os atos necessários ao exercício da cidadania na forma da lei. Porém, a Lei n. 9.534/97 alterou a Lei n. 8.935/94 e determinou a *gratuidade* dos assentos do registro civil de nascimento e o de óbito, bem como a *primeira certidão respectiva, quer pobres ou não*. Para o STF, essa lei é constitucional, pois a atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público, não existindo direito constitucional a receber emolumentos, sendo certo de que tais assentos e certidões são atos necessários ao exercício da cidadania, como reza o art. 5º, LXXVII, da CF/88 (conferir ADC 5 e ADI 1.80, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-6-2007, Plenário, *DJ* de 5-10-2007 e ainda ADI 1.800, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-6-2007, Plenário, *DJE* de 28-9-2007).

21. Direito de acesso à justiça

Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

21.1. CONCEITO

O direito de acesso à justiça (ou direito de acesso ao Poder Judiciário ou direito à

jurisdição) consiste na *faculdade de requerer a manifestação do Poder Judiciário* sobre pretensa ameaça de lesão ou lesão a direito. Concretiza-se, assim, o *princípio da universalidade da jurisdição ou inafastabilidade do controle judicial*, pelo qual o Poder Judiciário brasileiro não pode sofrer nenhuma restrição para conhecer as lesões ou ameaças de lesões a direitos. Esse direito é tido como de natureza *assecuratória,* uma vez que possibilita a garantia de todos os demais direitos, sendo oponível inclusive ao legislador e ao Poder Constituinte Derivado, pois é cláusula pétrea de nossa ordem constitucional.

O direito de acesso à justiça possui duas facetas: a primeira é a *faceta formal,* e consiste no reconhecimento do direito de acionar o Poder Judiciário.

A segunda faceta é a *material ou substancial,* e consiste na efetivação desse direito: (i) por meio do reconhecimento da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem a insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV); (ii) pela estruturação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134); (iii) pela aceitação da tutela coletiva de direitos e da tutela de direitos coletivos (ver abaixo), que possibilita o acesso a justiça de várias demandas reprimidas (ver abaixo); e (iv) pela exigência de um devido processo legal em prazo razoável, pois não basta possibilitar o acesso à justiça em um ambiente judicial marcado pela morosidade e delonga.

Também não pode a lei criar obstáculos ao *poder geral de cautela do juiz*, uma vez que este se justifica para assegurar o resultado útil do processo principal: sem o poder de cautela, nada adiantaria o trâmite regular do acesso à justiça. Nessa linha, decidiu o STF que o "poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário" (ADPF 172-MCREF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10-6-2009, Plenário, *DJE* de 21-8-2009).

Por sua vez, o STF decidiu que é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário" (Súmula Vinculante 28) e ainda que viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa (Súmula 667).

21.2. A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS E A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS

O direito de acesso à justiça na sua *faceta material* exige que sejam asseguradas a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos individuais[41].

A *tutela de direitos coletivos* é aquela que abarca a proteção de interesses indivisíveis, como os interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, como definidos nos arts. 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor. Justamente por serem tais direitos indivisíveis, essa tutela reclama normas especiais, que viabilizem sua proteção pelo Poder Judiciário, como se vê na Lei n. 7.347/85 e na Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Além disso, o acesso à justiça exige normas que facilitem a *tutela coletiva de direitos individuais* (que, em tese, poderiam ser defendidos por cada um de seus titulares, em ações individuais), uma vez que há demandas que possuem determinadas características que exigem tratamento coletivo, como, por exemplo, uma pequena lesão a direitos de milhares de consumidores: seu conteúdo econômico baixo não viabilizaria demandas individuais, mas uma ação coletiva poderia exigir

reparação, evitando a sensação de impunidade e desamparo do consumidor.

21.3. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA E A FALTA DE INTERESSE DE AGIR

O direito de acesso à justiça não pode ser obstaculizado pela exigência de prévio esgotamento da via administrativa. *Diferentemente* da Constituição de 1967/1969, a Constituição de 1988 não adotou nenhuma espécie de contencioso administrativo obrigatório, condicionando o direito de acesso à justiça somente no caso da (i) Justiça do Trabalho e (ii) Justiça Desportiva.

No caso da Justiça do Trabalho, a Constituição de 1988 determina ser indispensável o término da fase de negociação no caso dos *dissídios coletivos* (art. 114, § 2º). Em 2009, o STF deu interpretação conforme a Constituição do art. 625, *d*, da CLT, decidindo que não será obrigatório o acionamento de Comissão de Conciliação Prévia nos dissídios individuais, podendo ser proposta diretamente a ação trabalhista (ADI 2.139-MC e ADI 2.160-MC, voto do Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-5-2009, Plenário, *DJE* de 23-10-2009).

No caso da Justiça Desportiva (órgãos privados, relacionados com a autonomia das entidades desportivas), prevê a Constituição de 1988 que o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após *esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva*, regulada em lei. Porém, a justiça desportiva terá o *prazo máximo de 60 dias*, contados da instauração do processo, para proferir decisão final (art. 217, §§ 1º e 2º).

Por isso, o STF decidiu que "não há previsão, na Lei Fundamental, de esgotamento da fase administrativa como condição para acesso, ao Poder Judiciário, por aquele que pleiteia o reconhecimento do direito previdenciário (...)" (AI 525.766, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 1º-3-2007).

Porém, na área federal, há discussão nos Juizados Especiais Federais sobre a necessidade de prévio requerimento de benefício previdenciário pelo interessado ao INSS (Instituto Nacional do Seguro Social). Nesse caso, não se exige esgotamento da via administrativa, mas sim o mero requerimento administrativo para que seja *comprovado o interesse de agir* do Autor (pelo indeferimento pelo INSS ou delonga na análise do pleito).

21.4. ARBITRAGEM E ACESSO À JUSTIÇA

A Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) atualizou o regramento desse modo não estatal de *solução de controvérsias* em litígios envolvendo direitos disponíveis. Houve intensa discussão sobre eventual ofensa ao direito de acesso à justiça pela previsão de obrigatoriedade do cumprimento da cláusula compromissória de instalação de arbitragem para os futuros litígios, prevista em contratos, com o direito à tutela judicial específica para que a arbitragem viesse a ocorrer.

Para o STF, a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato que previa a arbitragem, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso *são compatíveis* com o

art. 5º, XXXV, da CF (SE 5.206-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-12-2001, Plenário, *DJ* de 30-4-2004). A própria lei determina que a arbitragem pode ser prevista somente em casos de direitos disponíveis, que sequer seriam obrigatoriamente submetidos ao Poder Judiciário. Logo, nada obsta seus titulares de acordarem um mecanismo não estatal de solução de controvérsias.

22. A segurança jurídica e o princípio da confiança: a defesa do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada

> *Art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*

O direito à segurança jurídica consiste na faculdade de obstar a extinção ou alteração de determinado ato ou fato jurídico, posto a salvo de modificações futuras, inclusive legislativas.

Há duas facetas do direito à segurança jurídica: a *objetiva*, pela qual se imuniza os atos e fatos jurídicos de alterações posteriores, consagrando a regra geral da irretroatividade da lei e a *subjetiva*, que também é chamada de *princípio da confiança*, pela qual a segurança jurídica assegura a confiança dos indivíduos no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, decidiu o STF que é obrigatória a "observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito", sendo o princípio da confiança um elemento da segurança jurídica (MS 22.357, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 27-5-2004, Plenário, *DJE* de 5-11-2004).

Nessa linha, a Constituição deteminou que a lei não pode prejudicar:

i) **o direito adquirido,** que consiste no direito que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem (art. 6º, § 2º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro);

ii) **ato jurídico perfeito,** que consiste no ato já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (art. 6º, § 1º, da LINDB); e

iii) **coisa julgada,** que consiste na decisão judicial de que já não caiba recurso (e não a denominada coisa julgada administrativa, como decidiu o STF no RE 144.996, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 29-4-1997, Primeira Turma, *DJ* de 12-9-1997).

No STF, o direito à segurança jurídica foi diversas vezes discutido para se firmar:

1) Em casos de nova lei que elimine direitos de servidores públicos, *não* há direito adquirido à permanência de regime jurídico benéfico da data da posse do servidor; apenas se asseguram os direitos que já se incorporaram ao seu patrimônio. Nesse sentido: "O STF já pacificou sua jurisprudência no sentido de que os quintos incorporados, conforme Portaria MEC 474/1987, constituem direito adquirido, não alcançado pelas alterações promovidas pela Lei 8.168/1991" (AI 754.613-AgR, voto da Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 20-10-2009, Segunda Turma, *DJE* de 13-11-2009). Ou ainda, decidiu o STF que "Gratificação incorporada aos proventos por força de norma vigente à época da inativação não pode ser suprimida por lei posterior" (RE 538.569-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3-2-

2009, Segunda Turma, *DJE* de 13-3-2009).

2) Não ofende direito adquirido, a mudança da lei que incide sobre ato cujo ciclo de formação ainda não se completou, não sendo possível a proteção de mera expectativa de direito. Assim, caso haja mudança constitucional sobre as regras da aposentadoria, aqueles que ainda não possuíam todos os requisitos para a aposentadoria pelas regras revogadas, não podem alegar direito adquirido. Porém, ressalte-se que a previsão de regra de transição pode ser exigido em nome da igualdade, não podendo a nova lei tratar aqueles que já estão há anos contribuindo pelas regras revogadas de modo idêntico aos demais.

3) A inviolabilidade do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada *não* pode ser invocada contra o Poder Constituinte Originário (RE 140.894, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 10-5-1996, Primeira Turma, *DJ* de 9-8-1996).

4) O STF editou a *Súmula Vinculante 1*, segundo o qual, ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n. 110/2001.

5) A irretroatividade da lei não pode ser invocada pelo ente estatal que a tenha editado, o que permite que leis novas preservem a mera expectativa de direito (Súmula 654 do STF), não podendo, após, o Poder Público arrepender-se e questionar a constitucionalidade da própria lei.

6) A irretroatividade da lei, base do direito à segurança jurídica, é expressamente afastada no caso do *direito penal*, pois a Constituição prevê que a lei penal não retroagirá, salvo para *beneficiar* o réu (art. 5º, XL).

O direito à segurança jurídica não é absoluto, podendo ser afastado para que prevaleçam outros direitos fundamentais.

Há a possibilidade de invocação da *coisa julgada inconstitucional*, para permitir a superação da coisa julgada (mesmo após o prazo da ação rescisória – coisa julgada soberana), como apregoa o art. 475, § 1º, do CPC, que considera também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. Também foi *afastada* a coisa julgada em ação de investigação de paternidade, para fazer valer o direito à identidade genética, tendo o STF decidido que o princípio da segurança jurídica não pode prevalecer em detrimento da dignidade da pessoa humana, sob o prisma do acesso à informação genética e da personalidade do indivíduo (RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento 7-4-2011, Plenário, Informativo 622, com repercussão geral).

23. Juiz natural e promotor natural

> *Art. 5º, XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;*
>
> *Art. 5º, LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;*

23.1. CONCEITO

O direito ao juiz natural consiste no direito de qualquer indivíduo de ser processado e sentenciado por juízo designado por *regras abstratas e existentes previamente*. Proíbe-se, assim, o juiz designado para o caso (juiz *ad hoc*) e o juízo ou tribunal de exceção, aquele que é criado posteriormente para julgar determinado caso.

23.2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O JUIZ NATURAL: O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

A Constituição estabeleceu diversas hipóteses de competência por foro de prerrogativa de função, que se constituem no juiz natural dessas autoridades, a saber:

Função	Espécie de crime	Competência
Presidente da República e Vice-Presidente	crime comum	STF (CF, art. 102, I, *b*)
	crime de responsabilidade	Senado Federal (CF, art. 52, I).
Deputados Federais e Senadores	crime comum	STF (CF, art. 102, I, *b*)
	crime de responsabilidade	Casa respectiva (CF, art. 55)
Ministros do STF	crime comum	STF (CF, art. 102, I, *b*)
	crime de responsabilidade	Senado Federal (CF, art. 52, I).
Procurador-Geral da República	crime comum	STF (CF, art. 102, I, *b*)
	crime de responsabilidade	Senado Federal (CF, art. 52, I).
Advogado-Geral da União	crime comum	STF (CF, art. 102, I, *b*)
	crime de responsabilidade	Senado Federal (CF, art. 52, I).

Membros dos Tribunais Superiores, do TCU e os chefes de missão diplomática de caráter permanente	crime comum e de responsabilidade	STF (CF, art. 102, I, *b*)
Governador de Estado	crime comum	STJ (CF, art. 105, I, *a*)
	crime de responsabilidade	Tribunal Especial (Lei n. 1.079/50, art. 78)
Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do DF	crime comum e de responsabilidade	STJ (CF, art. 105, I, *a*)
Desembargadores Federais Membros dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho	crime comum e de responsabilidade	STJ (CF, art. 105, I, *a*)
Membros dos Tribunais de Contas dos Estados, do DF, e dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios	crime comum e de responsabilidade	STJ (CF, art. 105, I, *a*)
Membros do Ministério Público da União que oficiam perante tribunais	crime comum e de responsabilidade	STJ (CF, art. 105, I, *a*)

Deputados estaduais	crime comum	Depende da Constituição Estadual (em regra, Tribunais de Justiça)
	crime de responsabilidade	Assembleia Legislativa do Estado
	crime federal	Tribunal Regional Federal
	crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral
Juízes Federais Juízes da Justiça Militar Juízes da Justiça do Trabalho	crime comum e de responsabilidade	Tribunal Regional Federal (CF, art. 108, I, *a)*
	crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral
Membros do Ministério Pú- blico da União (MPM/MPT/MPDFT/MPF) que atuam na 1ª instância	crime comum e de responsabilidade	Tribunal Regional Federal (CF, art. 108, I, *a)*. Ou seja, promotor de justiça do DF não é julgado pelo TJ-DF, mas sim pelo TRF, sendo processado criminalmente por membro do MPF
	crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral
Juízes Estaduais e do Distrito Federal	crime comum e de responsabilidade	Tribunais de Justiça (CF, art. 96, III)
	crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral

Procurador-Geral de Justiça	crime comum	Tribunais de Justiça (CF, art. 96, III)
	crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral
	crime de responsabilidade	Poder Legislativo Estadual ou Distrital (CF, art. 128)
	crime de responsabilidade conexo com Governador de Estado	Tribunal Especial (Lei n. 1.079/50, art. 78)
Membros do Ministério Público Estadual	crime comum e de responsabilidade	Tribunais de Justiça (CF, art. 96, III)
	crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral
Prefeitos	crime comum	Tribunais de Justiça (CF, art. 29, X)
	crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral
	crime federal	Tribunal Regional Federal
	crime de responsabilidade	Câmara de Vereadores (CF, art. 31)[42]

Desse quadro, cabem as seguintes observações:

1) Toda vez que a Constituição menciona crime de responsabilidade a ser julgado por órgão político (por exemplo, crime de responsabilidade do Presidente que será julgado pelo Senado, após autorização da Câmara dos Deputados) deve-se entender tal “crime” como sendo infração político-administrativa; quando se referir a crime de responsabilidade a ser julgado por órgão do Poder Judiciário, trata-se de crime de ação penal titularizada pelo Ministério Público (art. 129, I, da CF/88).

2) De acordo com a Súmula 704 do STF: “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

3) O foro por prerrogativa de função na esfera criminal é estabelecido para a preservação das atribuições do cargo ocupado pela autoridade pública. Assim, *não* pode ser invocado por ex-ocupante (por aposentadoria, renúncia, cassação etc.). Em 2002, a Lei n. 10.628 estendeu essa prerrogativa aos ex-ocupantes de cargos públicos e ex-detentores de mandatos eletivos e ainda alargou tal prerrogativa para os atos de improbidade, tendo o STF considerado tal extensão inconstitucional em 15 de setembro de 2005. Em 2012, o STF modulou o efeito de tal declaração de inconstitucionalidade, apenas para, em nome da segurança jurídica, considerar válidos os atos processuais eventualmente praticados nesses processos criminais ou de improbidade administrativa entre 24 de dezembro 2002 (data da edição da lei inconstitucional) a 15 de setembro de 2005 (ver ADI 2.797).

4) Não há foro por prerrogativa de função na área cível e, em especial, na ação de

improbidade, tendo decidido o STF que há "orientação firmada no sentido de que inexiste foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa" (RE 601.478-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 16-3-2010, Segunda Turma, *DJE* de 9-4-2010).

5) O desaforamento (previsto no art. 427 do CPP) do tribunal do júri não viola o princípio do juiz natural, sendo compatível com Constituição, pois assegura o respeito ao devido processo legal e imparcialidade do juízo (STF, HC 67.851, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 24-4-1990, Plenário, *DJ* de 18-5-1990).

6) Varas criminais coletivas (5 juízes atuando no julgamento em 1º grau) para julgar organizações criminosas, tais quais as estabelecidas em Alagoas *não* são inconstitucionais. A competência legislativa concorrente (art. 24 da CF) permite tal atuação de lei estadual. Além disso, o julgamento coletivo em 1º grau nesses casos de organizações criminosas favorece a independência judicial (STF, ADI 4414/AL, Rel. Min. Luiz Fux, 30 e 31-5-2012).

23.3. PROMOTOR NATURAL

Após intensa discussão doutrinária e jurisprudencial[43], o STF acatou a existência do postulado do promotor natural, que consiste no *direito de determinado indivíduo de ser processado por promotor designado de acordo com regras abstratas e prévias ao caso concreto*. Para o STF, o postulado do Promotor Natural é *implícito* ao sistema constitucional brasileiro, gerando os seguintes efeitos:

1) Proibição de designações casuísticas de Promotor, mesmo que efetuadas pela Chefia da Instituição (situação denominada "acusação de exceção").

2) Garantia de que o afastamento do promotor, originalmente promotor natural, será feito também por regras previamente existentes, como, por exemplo, férias, aposentadoria, quebra da inamovibilidade por decisão de órgão superior, por maioria absoluta, por motivo de interesse público (CF, art. 128, I, *b*), punição disciplinar do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, III) etc.

3) Ausência de violação do postulado do promotor natural pela sucessão de posições colidentes em um mesmo processo, uma vez que tais divergências entre promotores são decorrência da independência funcional (HC 102.147, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 16-12-2010, *DJE* de 3-2-2011).

23.4. TRIBUNAL DO JÚRI

> *Art. 5º, XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:*
> *a) a plenitude de defesa;*
> *b) o sigilo das votações;*
> *c) a soberania dos veredictos;*
> *d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;*

A instituição do Júri consiste no conjunto de normas que rege o julgamento de determinada causa (cível ou criminal) por um *colegiado de cidadãos*. É inspirada pela Carta Magna, de

1215, que determinava o direito de uma *pessoa ser julgada por seus pares.*

A Constituição de 1988 inseriu, na mesma linha, a instituição do júri no rol dos direitos individuais. No plano constitucional, a Constituição de 1824 foi a primeira a prever o Tribunal do Júri, tradição que foi mantida até a Constituição de 1988, com as seguintes características: 1) organização regida pela lei; 2) competência *mínima* a ser observada (podendo ser ampliada pela lei, mas nunca reduzida): julgamento dos crimes dolosos contra a vida; 3) informado pelos princípios da plenitude de defesa, sigilo das votações e soberania dos veredictos.

Atualmente, o Júri possui competência para os crimes dolosos contra a vida (arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do CP, consumados ou tentados) e conexos, tendo a Lei n. 11.689/2008 alterado as regras do CPP (arts. 408 e seguintes) para dotar o Júri de um novo procedimento mais célere. Foram mantidas as duas fases do julgamento do procedimento: a primeira fase é o juízo de admissibilidade (*judicium accusationis*) ou *juízo do sumário de culpa* perante o juiz togado singular, que se inicia com o recebimento da denúncia por juiz togado (ou queixa, na hipótese de ação penal privada subsidiária da pública) e termina com a sentença de pronúncia, impronúncia ou absolvição sumária. O juiz pode ainda desclassificar o crime para um fora da competência do Júri e caso não seja competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja. A segunda fase, caso exista a pronúncia, é denominada *judicium causae,* terminando com o julgamento da causa em plenário no qual os jurados decidem sobre a matéria de fato e o juiz presidente decidirá sobre o *quantum* da sentença, caso os jurados decidam pela existência de crime.

Da imensa jurisprudência do STF sobre a instituição do júri, devem ser ressaltadas:

i) A competência constitucional do foro por prerrogativa de função *prevalece* sobre a competência do Tribunal do Júri. Assim, crime doloso contra a vida cometido por juiz de direito, será julgado pelo seu Tribunal de Justiça.

ii) A competência do Tribunal do Júri prevista na Constituição de 1988 é *mínima*, podendo a lei ampliá-la, o que torna legítimo o julgamento pelo júri dos crimes conexos, tal qual preconiza o Código e Processso Penal.

iii) A competência do Tribunal do Júri, por ser prevista na Constituição Federal, *prevalece* sobre a competência prevista somente na Constituição Estadual (Súmula 721 do STF).

iv) Corréu que não tem foro por prerrogativa de função deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, desmembrando-se o processo penal.

v) Para o STF, “a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri” (Súmula 603).

vi) Para o STF, é *constitucional* o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de militar em serviço pela justiça castrense, sem a submissão destes crimes ao Tribunal do Júri, nos termos do o art. 9º, III, *d*, do CPM (HC 91.003, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-5-2007, Primeira Turma, *DJ* de 3-8-2007).

vii) A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri *não é absoluta*, sendo constitucionais os dispositivos que preveem a anulação da decisão do Júri sob o fundamento de que ela se deu de modo contrário à prova dos autos. Evita-se o arbítrio que é incompatível com o Estado de Direito. (HC 88.707, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 9-9-2008, Segunda Turma,

DJE de 17-10-2008).

24. Direitos Humanos no Direito Penal e Processual Penal

> *Art. 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*
>
> *Art. 5º, XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;*
>
> *Art. 5º, XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;*
>
> *Art. 5º, XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;*
>
> *Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;*
>
> *Art. 5º, XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;*

24.1. PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL E DA ANTERIORIDADE EM MATÉRIA PENAL

De acordo com a Constituição de 1988, o Direito Penal é regido pelo princípio da reserva legal (ver acima), pelo qual não há crime sem lei formal anterior que o defina (*nullum crime nulla poena sine praevia lege)*.

Com a exigência de lei prévia, *evita-se a surpresa e a insegurança jurídica* causada por lei retroativa, bem como o estabelecimento de norma incriminadora sem o respaldo dos representantes do povo (por isso a exigência de lei formal).

Porém, a própria Constituição excepciona a proibição de lei retroativa no campo penal, prevendo que a lei penal retroagirá para beneficiar o réu.

Por sua vez, qualquer alteração legislativa na área criminal que contenha normas penais benéficas, como as que abolem crimes ou que limitam sua abrangência, estabeleçam extinção ou abrandamento de penas ou aumentem os casos de isenção de pena, de extinção de pena, ou qualquer elemento que minore os efeitos deletérios da aplicação da lei penal pretérita, deve retroagir.

A jurisprudência recente do STF traz as seguintes contribuições ao tema:

i) Para o STF, "a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência" (Súmula 711).

ii) Ainda para o STF, "transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna" (Súmula 611).

iii) Não se admite medida provisória incriminadora. Já a medida provisória não incriminadora foi admitida pelo STF em julgamento anterior à edição da Emenda

Constitucional n. 32/2001, que expressamente proibiu medida provisória para tratar de matéria referente ao Direito Penal. Entende-se que esse precedente (RE 254.818, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 8-11-2000, Plenário, *DJ* de 19-12-2002) não mais é aplicável.

iv) Para o STF, a nova Lei n. 12.015/2009 permite a retroatividade da lei penal mais benéfica, pois, ao unificar os crimes anteriores de estupro e atentado violento ao pudor no novo art. 213 do CP permitiu o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima, levando a um abrandamento da pena (HC 86.110, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 2-3-2010, Segunda Turma, *DJE* de 23-4-2010.)

24.2. OS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

A proteção de direitos humanos impõe limites materiais e formais ao Direito Penal e à persecução criminal (investigação, processo e execução penais), mas, ao mesmo tempo, *também* exige que o Estado estabeleça a tutela penal contra condutas de violação de direitos humanos.

Quanto aos limites, desde Beccaria o Direito Penal desenvolve-se sob a atenta observação da proteção dos direitos fundamentais, de modo a impedir o excesso e a sanha vingativa e repressiva da sociedade e do Estado[44]. Assim, consagrou-se, ao longo dos séculos, a conformação do Direito Penal à proteção de direitos humanos, o que redundou em uma adequação constitucional do Direito Penal.

Do ponto de vista formal, a proteção de direitos dos indivíduos estipulou (i) restrições à aplicação da lei penal pela adoção do princípio da legalidade estrita, presunção de inocência e o *in dubio pro reo,* irretroatividade da lei gravosa e retroatividade da lei benigna, bem como (ii) garantias processuais, como a do juízo natural, vedação do tribunal de exceção, devido processo legal penal, legalidade e legitimidade das provas, e ainda condicionamentos da (iii) execução penal, por meio da vedação de penas cruéis e desumanas, individualização da pena e direitos do sentenciado.

Do ponto de vista material, há restrições implícitas à tipificação de determinadas condutas, sob pena de violação de direitos fundamentais. Com isso, seria inconstitucional, por violação de direitos fundamentais, a tipificação e punição do homossexualismo ou o uso do Direito Penal para fins de defesa de determinada moralidade religiosa[45].

Por outro lado, a Constituição de 1988 e os tratados de direitos humanos também invocam a atuação do Direito Penal para sua proteção. Assim, o Direito Penal não é só limitado pelas Constituições e tratados, mas, em algumas situações, sua aplicação é exigida como instrumento essencial de proteção de bens jurídicos. Ao mesmo tempo em que o Estado não pode se exceder no campo penal (proibição do excesso ou *Übermassverbot*), também não se pode omitir ou agir de modo insuficiente (proibição da insuficiência ou *Untermassverbot*).

É uma nova faceta, agora amistosa, na relação entre os Direitos Humanos e o Direito Penal. Parte-se da constatação que, em um Estado Democrático de Direito, o Poder Público

não pode se omitir na promoção dos direitos humanos, devendo protegê-los inclusive com o instrumento penal. Caso abra mão da tutela penal, o Estado incorre na proteção deficiente dos direitos fundamentais, violando a Constituição e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Consagra-se o princípio da proibição da proteção deficiente na esfera criminal, que consiste na vedação ao Estado de descriminalizar ou atenuar a tutela penal de certas condutas ofensivas a direitos fundamentais.

O *princípio da vedação da proteção deficiente na esfera criminal* é fundado implicitamente no próprio dispositivo constitucional que trata do Estado Democrático de Direito e de seu dever de promover a dignidade da pessoa humana (art. 1º, *caput* e inciso III, da CF/88) e tem os seguintes usos:

i) Torna constitucional e estimula a criação de leis penais criminalizando condutas ofensivas a direitos fundamentais, como, por exemplo, futura lei que venha a criminalizar a homofobia (antigo anseio dos movimentos de direitos humanos no Brasil).

ii) Torna inconstitucional lei ou interpretação da lei que venha a descriminalizar ou ainda dificultar a persecução penal a violadores de direitos humanos. Nesse sentido, a Procuradoria Geral da República propôs a ADI 4.301 perante o STF (ainda em curso, Rel. Min. Joaquim Barbosa), que atacou contra a nova redação do art. 225 do CP, pela qual, no crime de estupro do qual resulte lesão corporal grave ou morte, deve proceder-se mediante ação penal pública condicionada à representação, e não mais por meio de ação penal pública incondicionada. Essa mudança legislativa foi considerada pela PGR *inconstitucional* por violar o princípio da proibição da proteção deficiente.

No STF, houve já discussão do princípio da proibição da proteção deficiente em voto do Ministro Gilmar Mendes, que afirmou que "a proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na *perspectiva do dever de proteção*, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental". Nesse caso, o STF *não* permitiu a equiparação da união estável ao casamento, para fins de extinção de punibilidade à época permitida (antes da edição da Lei n. 11.106/2005) de Autor de estupro de menina de 9 anos, não aceitando o uso de analogia *pro reo* em caso de dramática violação de direitos humanos (RE 418.376, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 9-2-2006, Plenário, *DJ* de 23-3-2007).

A própria Constituição adotou expressamente o dever do uso do Direito Penal para proteger direitos fundamentais por meio dos *mandados constitucionais de criminalização*. Esses mandados consistem em dispositivos constitucionais que (i) ordenam a tipificação penal de determinada conduta, (ii) exigem a imposição de determinada pena, estabelecem a vedação de determinados benefícios ou até determinam tratamento prisional específico.

São os seguintes *mandados expressos de criminalização* identificados por Gonçalves[46] na Constituição, devendo o leitor não esquecer dos mandados *internacionais* de criminalização estudados acima nos capítulos sobre os tratados específicos de direitos humanos:

1) Art. 5º, XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

2) Art. 5º, XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível,

sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

3) Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

4) Art. 5º, XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

5) Art. 7º, X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

6) Art. 225, § 3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

7) Art. 227, § 4º – A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

8) Art. 243, parágrafo único – Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Abordaremos com destaque alguns desses mandados expressos de criminalização abaixo.

24.3. RACISMO

24.3.1. O crime de racismo e sua abrangência: o antissemitismo e outras práticas discriminatórias

A Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, também chamada de "Lei Caó", define os crimes de discriminação ou preconceito e suas punições, tendo revogado leis anteriores (Lei n. 7.438/85 e Lei n. 1.390/51, esta que tratava a matéria como contravenção penal – "Lei Afonso Arinos") . De acordo com seu art. 1º, "serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de *discriminação* ou *preconceito* de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (redação dada pela Lei n. 9.459/97).

Essa lei *pune* várias condutas odiosas adotadas pelo agente *por motivo de discriminação de* raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, podendo ser classificadas de acordo com o objetivo tutelado:

1) **Igualdade no acesso a cargos públicos,** que pune a conduta de impedir ou obstar o acesso de alguém ou sua promoção funcional, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos;

2) **Igualdade na relação de trabalho**, que pune aquele que deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores ou impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional, ou ainda aquele que proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário;

3) **Igualdade nas relações de consumo,** que pune diversas condutas nas relações

consumeristas, tais como: a) recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador; b) recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau; c) impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar; d) impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público; e) impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público; f) impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades;

4) **Igualdade nas relações sociais,** que pune aquele que impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos, ou ainda que impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido;

5) **Igualdade nas Forças Armadas,** que pune aquele que impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas;

6) **Igualdade no Direito de Família,** que pune aquele que impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social.

Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses. Porém, tais efeitos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença condenatória.

Finalmente, cabe destaque (veja a análise da "liberdade de expressão"), a criminalização da conduta de "praticar, induzir ou incitar, pelos meios de *comunicação social ou por publicação de qualquer natureza*, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional", que foi incluído pela Lei n. 8.081/90.

Em 1994, a *Lei n. 8.882* criminalizou a conduta de fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a *cruz suástica ou gamada*, para fins de divulgação do nazismo. Poderá o juiz determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo, bem como a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas. A *Lei n. 12.288*, de 2010, ainda permite que o juiz determine, mesmo na fase do inquérito policial, a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores (internet).

Em 1995, a *Lei n. 9.029* vedou a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de *sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade*, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. São crimes as práticas discriminatórias de exigir teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, bem como a adoção de qualquer programa de esterilização forçada.

Por outro lado, a doutrina discute a existência de *concurso aparente de normas penais*

entre o art. 20 da Lei n. 7.716/89 (Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional) e o art. 140, § 3º, do CP (injúria qualificada por preconceito). Esse dispositivo do Código Penal foi acrescentado pela Lei n. 9.459/97, gerando um *tipo qualificado ao delito de injúria*, que comina a pena de reclusão, de um a três anos, e multa, se a injúria consistir na utilização de elementos referentes a *raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência*.

De acordo com Damásio de Jesus, se o agente "*chamar alguém de 'negro', 'preto', 'pretão', 'negrão', 'turco', 'africano', 'judeu', 'baiano', 'japa' etc., desde que com vontade de lhe ofender a honra subjetiva relacionada com cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de um ano de reclusão, além de multa*"[47]. Assim, nesses casos de xingamentos, uso de expressões chulas, entre outros, considera-se que o art. 140, § 3º, é *lex specialis* e deve ser aplicado, afastando-se a norma geral do art. 20 da Lei n. 7.716/89, que usa a expressão genérica "praticar, induzir ou incitar".

O delito de *injúria racial* não é abarcado pelo regime constitucional punitivo especial do racismo, podendo *prescrever*. Essa é a posição do STF, que, em 2011, reconheceu a *prescrição* de crime de injúria qualificada por preconceito imputado a Deputado Federal, da seguinte forma: "Configura injúria qualificada pela utilização de elementos referentes a raça e cor a ofensa por meio dos termos (...) como a ora imputada. (...) Declarada a extinção da punibilidade do querelado, em razão da prescrição da pretensão punitiva" (AP 395 PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 30-3-2011).

24.3.2. O estatuto constitucional punitivo do racismo e o posicionamento do STF: o caso do antissemitismo e outras práticas discriminatórias

O preconceito consiste em toda conduta estigmatizante e inferiorizante a outrem, gerada por motivo racial, étnico, socioeconômico, idade, estado civil, orientação sexual, deficiência, religião, convicção política, origem nacional ou regional, ou outro fator social.

Para aqueles que defendem o *conceito restrito de racismo*, este consistiria em preconceito baseado em *cor da pele e outros traços fenotípicos*. Assim, os crimes previstos na Lei n. 7.716/89 (vista acima) teriam tratamento jurídico desigual: os crimes de discriminação por raça ou seriam inafiançáveis, imprescritíveis e sujeitos à pena de reclusão, por ordem expressa da CF/88 (art. 5º, XLII). Já os crimes de discriminação por religião ou procedência nacional não sofreriam tal rigor. Seriam, por exemplo, prescritíveis.

Esse conceito restrito de racismo foi *abandonado* pelo STF no julgamento do Habeas Corpus n. 82.424, em 2003, no qual se discutiu se a conduta de publicação de *obras antissemitas* poderia ser encaixada no crime de racismo, cujo estatuto constitucional punitivo é severo (*inafiançabilidade*, *imprescritibilidade* e a *cominação de pena de reclusão,* conforme o art. 5º, XLI).

Com o objetivo de afastar a *imprescritibilidade* da pena, a Defesa alegou que a conduta não era "racismo", porque os judeus não constituiriam uma raça. Assim, a condenação pelo crime de preconceito de religião previsto no art. 20 da Lei n. 7.716 estaria *prescrita.* Porém, a maioria dos Ministros adotou o chamado conceito amplo de racismo, pelo qual esse *crime é*

realizado contra grupos humanos com características culturais próprias. Assim, o racismo é uma construção social (uma vez que só há uma raça, a *humana*), consistindo em uma prática que visa inferiorizar, ultrajar e estigmatizar um determinado agrupamento humano por motivo odioso.

De acordo com a ementa do acórdão, da qual foi relator o ministro Maurício Corrêa (foi voto vencido o Relator original, Min. Moreira Alves, que adotava o conceito restrito de racismo e votou pelo *reconhecimento* da prescrição): "Com a definição e o mapeamento do *genoma humano*, *cientificamente* não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. *Não há diferenças biológicas entre os seres humanos*. Na essência são todos iguais".

Ainda, para o STF, "a divisão dos seres humanos em raças resulta de um *processo de conteúdo meramente político-social*. Deste *pressuposto origina-se o racismo*, que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista" (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004).

Todos os seres humanos podem ser vítimas de racismo, que possui *facetas contemporâneas*, como a do antissemitismo, xenofobia, islamofobia, entre outras. Nessa linha do STF (conceito amplo do racismo), a prática de todo e qualquer tipo de racismo previsto na lei penal (não somente o oriundo da discriminação racial) *impõe o estatuto constitucional punitivo,* a saber: *inafiançabilidade*, *imprescritibilidade* e *pena de reclusão*.

O STF decidiu que a ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como "alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem" (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004).

Assim, temos o seguinte quadro-resumo:

1) Os crimes de racismo exigem tipificação penal, não bastando a previsão dos *mandados constitucionais de criminalização* previstos na CF/88, a saber: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5º, XLI) e "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (art. 5º, XLII).

2) A Lei n. 7.716/89 tipifica os resultantes de discriminação ou preconceito de *raça*, *cor*, *etnia*, *religião* ou *procedência nacional*.

3) De acordo com o STF, o crime de discriminação por religião (antissemitismo, por exemplo) concretiza o crime de racismo (conceito amplo de racismo, de cunho social e não biológico) e, com isso, sujeito ao regime constitucional punitivo (inafiançabilidade, imprescritibilidade, pena de reclusão).

24.4. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS, LIBERDADE PROVISÓRIA E INDULTO

A Constituição de 1988 instituiu regime penal gravoso à tortura, ao tráfico ilícito de

entorpecentes e drogas afins, ao terrorismo e aos definidos como *crimes hediondos*, devendo a lei considerá-los crimes (i) inafiançáveis e (ii) insuscetíveis de graça ou (iii) anistia, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

No caso dos crimes hediondos, a Lei n. 11.464/2007 deu nova redação aos parágrafos do art. 2º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), permitindo a liberdade provisória sem fiança, no caso de não existirem os pressupostos para a decretação da prisão preventiva. Em 2012, o STF ainda reconheceu que cabe a concessão da liberdade no crime de tráfico de entorpecentes, caso faltem os requisitos da imposição da prisão preventiva, impondo ainda as medidas cautelares previstas na Lei n. 12.403, exceto a fiança que continua proibida pelo texto constitucional. Ou seja, para o STF, o art. 5º, XLIII, da CF/88 *não proibiu a liberdade provisória e sim a fiança* (HC 104.339, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-5-2012).

Quanto ao indulto, o STF decidiu que o art. 5º, XLIII, da CF, que proíbe a graça nos crimes hediondos definidos em lei, representa *gênero* do qual o indulto é *espécie*. Porém, o indulto está previsto especificamente no art. 84, XII, da CF/88, como competência privativa do Presidente da República. Assim, em nome da especialidade, o Presidente possui ampla discricionariedade para *conceder o indulto*, o que configura ato de governo (HC 90.364, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 31-10-2007, Plenário, *DJ* de 30-11-2007).

A Constituição de 1988 prevê que constitui crime *inafiançável e imprescritível* a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

O STF, por sua vez, já reconheceu que a *imprescritibilidade* pode ser *ampliada* para outros casos, desde que previstos em lei, uma vez que a Constituição se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a lei futura crie outras hipóteses (RE 460.971, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13-2-2007, Primeira Turma, *DJ* de 30-3-2007).

25. O regramento constitucional das penas

> *Art. 5º, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*
>
> *Art. 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;*
>
> *Art. 5º, XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;*
>
> *Art. 5º, XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;*
>
> *Art. 5º, XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;*
>
> *Art. 5º, L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;*

A pena criminal foi regrada pela Constituição de 1988 uma vez que representa importante limitação do direito à liberdade.

Analisaremos as principais características constitucionais das penas:

i) Princípio da pessoalidade, intranscendência, incontagiabilidade ou intransmissibilidade da pena. “A pena criminal é personalíssima, não podendo passar da pessoa do condenado. Por isso, o STF já decidiu que viola o princípio da incontagiabilidade da pena criminal determinada decisão judicial que permite ao condenado fazer-se substituir, por terceiro absolutamente estranho ao ilícito penal, na prestação de serviços à comunidade” (HC 68.309, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 27-11-1990, Primeira Turma, *DJ* de 8-3-1991).

ii) Princípio da individualização da pena. A Constituição de 1988 exigiu que a lei regulasse a individualização da pena, podendo prever, entre outras, a) pena de privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Esse princípio reflete-se nos três momentos do processo de formação da resposta punitiva do Estado: o legislativo (no qual ficam estabelecidas as penas e seus limites máximo e mínimo), o judicial (na sentença, com a dosimetria da pena e eventual penas substitutivas, bem como nas decisões sobre o regime de cumprimento de pena) e o executivo (com a concessão da graça ou indulto). Nos últimos anos, houve intensa análise do princípio da individualização da pena no STF, produzindo as seguintes posições:

a) A *proibição em abstrato da progressão de regime* de cumprimento de pena nos crimes hediondos (prevista originalmente na Lei de Crimes Hediondos, Lei n. 8.072/90) foi declarada *inconstitucional* pelo STF em 2006, por violar a individualização da pena, que foi tida como garantia individual (HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23-2-2006, Plenário, *DJ* de 1º-9-2006). Após, foi editada a Súmula Vinculante 26/2009: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. Atualmente, a Lei n. 8.072 prevê que a progressão de regime será feita após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (Lei n. 11.464, de 2007).

b) Também em nome do princípio da individualização da pena, o STF decidiu também que a lei não pode, em abstrato, proibir a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 1º-9-2010, Plenário, *DJE* de 16-12-2010).

c) Para o STF, “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea” (Súmula 719).

d) Também o STF decidiu que “admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” (Súmula 716).

e) Finalmente, para o STF, “a pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão

de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução" (Súmula 715).

iii) Penas proibidas. A Constituição de 1988 determinou a proibição das penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. Já comentamos acima o caso da pena de morte. Quanto às demais, o STF já decidiu que:

a) A medida de segurança criminal também tem prazo máximo de 30 anos, pois a CF/88 veda prisão de caráter perpétuo. Eventual necessidade de internação por prazo adicional deve ser discutida no juízo cível (HC 84.219, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-8-2005, Primeira Turma, *DJ* de 23-9-2005).

b) Também não pode ser perpétua a pena de inabilitação para o exercício de cargos de administração ou gerência de instituições financeiras (RE 154.134, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 15-12-1998, Primeira Turma, *DJ* de 29-10-1999).

iv) O dever do Estado de propiciar diferentes tipos de estabelecimentos prisionais. A Constituição determinou que o indivíduo que perde a liberdade tem o direito fundamental de cumprir sua pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e seu sexo. Em virtude do caos do sistema prisional brasileiro, com superlotação de presídios e falta de vagas em regimes semiaberto e aberto, esse tema foi intensamente discutido no STF, que decidiu o seguinte:

a) "Não pode o juiz determinar que o preso continue no regime fechado, se o único óbice à progressão de regime é a ausência de vaga em colônia penal agrícola ou colônia penal industrial ou em estabelecimento similar. A solução, para o STF, é dar-lhe o direito de permanecer em liberdade, até que o Poder Público providencie vaga em estabelecimento apropriado, não podendo ser mantido em prisão domiciliar que é destinada para outras hipóteses" (HC 87.985, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-3-2007, Segunda Turma, Informativo 460). Em outra linha, o STF reconheceu o direito até mesmo, na falta de vagas, à conversão da prisão em prisão domiciliar, pois "incumbe ao Estado aparelhar-se visando à observância irrestrita das decisões judiciais. Se não houver sistema capaz de implicar o cumprimento da pena em regime semiaberto, dá-se a transformação em aberto e, inexistente a casa do albergado, a prisão domiciliar" (HC 96.169, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25-8-2009, Primeira Turma, *DJE* de 9-10-2009).

b) "O direito à prisão especial, antes da prisão por sentença definitiva, deve ser assegurado, conforme disposto no art. 295 do CPP e ainda em leis diversas (Lei Complementar 75/93, para os membros do MP e Lei Complementar 80/94, para os membros da Defensoria Pública). Para o STF, atende à prerrogativa profissional do advogado ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, em cela individual, dotada de condições regulares de higiene, com instalações sanitárias satisfatórias, sem possibilidade de contato com presos comuns (HC 93.391, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 15-4-2008, Segunda Turma, *DJE* de 9-5-2008).

v) Execução da pena. A Constituição de 1988 assegurou aos presos o respeito à integridade física e moral. Além disso, de acordo com o art. 5º, § 2º, o Brasil deve respeito às regras internacionais de proteção aos direitos dos reclusos (editadas pela ONU), que foram

estudadas no capítulo sobre os direitos humanos internacionais. A Constituição também fez previsão do direito ao aleitamento materno.

26. Extradição e os direitos humanos

> *Art. 5º, LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;*
> *Art. 5º, LII – não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;*

26.1. CONCEITO

A extradição é espécie de *cooperação jurídica em matéria penal*, na qual determinado Estado requer o envio de determinado indivíduo para que seja este julgado criminalmente (extradição instrutória) ou possa cumprir pena criminal (extradição executória)[48].

A extradição é regida no Brasil pela Constituição de 1988, pela Lei n. 6.815/80 ou, caso existente, por tratado internacional (que prevalece, pelo critério da especialidade, em relação à Lei n. 6.815/80). Pode ser *ativa*, no caso de ser o Brasil o Estado Requerente, ou ainda passiva, no caso de Estado estrangeiro requerer a extradição ao Brasil.

Na extradição ativa, o procedimento inicia-se a pedido do juízo criminal, que será encaminhado ao Ministério da Justiça e, eventualmente, ao Ministério das Relações Exteriores, para o trâmite do pedido ao Estado estrangeiro requerido. A extradição ativa é comandada pelo tratado eventualmente em vigor ou pelo pedido encaminhado pelo Brasil e aceito pelo Estado requerido.

No caso da extradição passiva (o Brasil é o Estado requerido), o Estado requerente encaminha seu pedido por via diplomática ou por meio de mecanismos previstos em tratados de extradição (autoridade central). É a chamada 1ª fase ou fase da solicitação administrativa da extradição passiva. Após, o pedido será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, inaugurando a 2ª fase ou fase judicial. Nessa fase, o STF fará um juízo de delibação ou de contenciosidade limitada, no qual será verificado o cumprimento dos requisitos previstos na Constituição, bem com os elencados na Lei n. 6.815/80 ou no tratado de extradição aplicável.

26.2. JUÍZO DE DELIBAÇÃO E OS REQUISITOS DA EXTRADIÇÃO

O juízo de delibação consiste em avaliação, pelo STF, de cumprimento formal dos requisitos constitucionais, convencionais e legais que autorizam a extradição. Não visa verificar a culpa do extraditando, pois é um contencioso de legalidade no qual a defesa apontará eventuais ausências de requisitos essenciais no procedimento extradicional.

Podemos dividir os requisitos essenciais para o deferimento pelo STF de uma extradição passiva em requisitos constitucionais e requisitos legais.

Os requisitos constitucionais são:

1) Não ser o extraditando brasileiro nato e, no caso de naturalizado, ter sido o crime

cometido antes da naturalização ou, a qualquer momento, no caso de comprovado envolvimento em tráfico de entorpecente (princípio geral de inextraditabilidade do brasileiro, incluído o naturalizado). Como a Constiutição exige "comprovado envolvimento", só se admite a extradição passiva executória de brasileiro naturalizado envolvido em tráfico de entorpecentes após a naturalização (que se encerra após a solene entrega do certificado de naturalização pelo Juiz Federal). Logo, o Estado Requerente terá que apresentar certidão de transito em julgado da condenação criminal para que a extradição seja deferida.

2) Não for caso de crime político ou de opinião. A Constituição não define o que vem a ser crime político, tendo o STF adotado a teoria mista para caracterizá-lo: é crime político aquele que é realizado com motivação e os objetivos políticos de um lado (elemento subjetivo), e, de outro, com a lesão real ou potencial a valores fundamentais da organização política do Estado (elemento objetivo). Como exemplo de reconhecimento de crime político está o caso de extraditando acusado de transmitir ao Iraque segredo do Estado Requerente (Alemanha), utilizável em projeto de desenvolvimento de armamento nuclear, tendo o STF indeferido a extradição (Ext 700, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 4-3-1998, Plenário, *DJ* de 5-11-1999.) Por outro lado, o STF não reconhece a excludente de crime político para casos de terrorismo, sejam atos cometidos por particulares, sejam atos perpetrados com o apoio oficial do próprio aparato governamental, no chamado terrorismo de Estado (Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-8-2004, Plenário, *DJ* de 1º-7-2005). Também a Lei n. 6.815/80 determina que o Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

3) Ser respeitado o devido processo legal no Estado Requerente. A observância do devido processo legal pelo Estado Requerente no julgamento do extraditando é requisito constitucional implícito, de acordo com o STF (Ext 633-9, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-8-1996, *DJ* de 6-4-2001), podendo ser extraído ainda da proibição legal de julgamento do extraditando por juízo de exceção (ver abaixo).

4) Ser comutada a pena de morte ou de caráter perpétuo em pena privativa de liberdade não superior a 30 anos. A exigência de comutação da pena de morte está prevista na Lei n. 6.815/80, mas a comutação da pena de caráter perpétuo foi considerada pelo STF como requisito implícito da CF/88 indispensável para que a extradição passiva possa ser deferida (Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-8-2004, Plenário, *DJ* de 1º-7-2005).

São os seguintes os principais requisitos legais previstos na Lei n. 6.815/80 e nos principais tratados de extradição:

1) Obediência e Prevalência dos Tratados. A extradição será regida pelo tratado eventualmente firmado pelo Brasil e pelo Estado Requerendo, afastando-se a Lei n. 6.815/80, pois o tratado é *lex specialis* em relação à lei.

2) Reciprocidade na ausência de tratado. A extradição só será autorizada pelo Brasil caso haja tratado ou, na sua ausência, caso haja promessa de reciprocidade pelo Estado Requerente (assegurando que, na hipótese de o Brasil solicitar extradição em caso similar, o Estado estrangeiro a deferirá).

3) Especialidade. O Estado Requerente deve se comprometer a só processar ou punir o estraditando pelo crime que estiver no pedido de extradição. Não pode também extraditar para outro Estado (extradição camuflada para terceiro).

4) Identidade ou dupla tipicidade e punibilidade (também chamado modelo do crime hipotético ou paralelismo). Só cabe extradição caso a conduta cometida pelo extraditando for, hipoteticamente, crime no Estado Requerente e também no Brasil, sem qualquer caso de extinção da punibilidade de acordo com os dois ordenamentos jurídicos. Não se exige o mesmo tipo penal ou a mesma denominação: basta que o fato seja crime punível nos dois Estados.

5) Preferência da jurisdição nacional. Penal. Não será concedida extradição caso o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando.

6) Proibição do *ne bis in idem.* Não será concedida a extradição, caso o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão igual ou inferior a um ano.

7) Proibição de Juízo de Exceção. Não se concede extradição caso o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de Exceção.

8) Proibição de extradição por motivo de discriminação odiosa. Não será concedida a extradição se houver fundados motivos para supor que o pedido de extradição foi apresentado com a finalidade de perseguir ou punir o extraditando por motivo de raça, sexo, religião, nacionalidade ou opinião política ou que tais fatos sirvam para agravar a sua situação.

9) Exigência de crime grave. Só será concedida extradição se a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão igual ou inferior a um ano (não cabe extradição para ilícito cível ou contravenção penal).

26.3. TRÂMITE DA EXTRADIÇÃO

A extradição passiva será requerida por via diplomática ou por meio da autoridade central estabelecida por um tratado de extradição. No caso da extradição passiva, há três fases:

a) 1ª Fase – o Ministério da Justiça ao receber o pedido diretamente (com base no tratado) ou do Ministério das Relações Exteriores (que, por sua vez, o recebeu pela via diplomática) avalia se o pedido é compatível com a ordem jurídica brasileira, podendo recusar sumariamente o pedido. Caso o extraditando esteja cumprindo pena no Brasil ou sendo processado por outro crime, pode mesmo assim o Poder Executivo encaminhar o pedido de extradição (é discricionário, o Judiciário não pode exigir que o extraditando cumpra a pena primeiro no Brasil).

b) 2ª Fase – o pedido é encaminhado ao STF, que fará o juízo de delibação extradicional. Mesmo se o extraditando concorde, o processo ainda é necessário, mas será abreviado (extradição sumária). Discute-se atualmente se o Ministro Relator no STF deve, automaticamente, decretar a prisão do extraditando. Entendemos que a Constituição de 1988 não admite prisão cautelar automática, devendo o relator justificar o motivo da ordem de prisão cautelar do extraditando. A defesa do extraditando só poderá alegar vício de identidade, defeito de forma dos documentos apresentados ou inconstitucionalidade,

inconvencionalidade ou ilegalidade da extradição. Caso o STF indefira a extradição, o Brasil não poderá expulsá-lo ou deportá-lo, caso haja risco de o indivíduo ser entregue ao Estado Requerente.

c) 3ª Fase – também é uma fase administrativa, na qual o Poder Executivo pode, fundado no tratado, não determinar a extradição autorizada pelo STF. Assim, o STF autoriza, mas não determina a extradição. Caso negue, a palavra final é do STF; caso autorize a extradição, ainda assim a última palavra é do Presidente da República, por ser ele responsável pela condução da política externa brasileira. Caso o Poder Executivo determine a extradição, o Estado Requerente ainda deverá se comprometer a comutar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta ao extraditando por força do pedido de extradição, além dos outros compromissos já expostos (comutação da pena de morte etc.).

27. Devido processo legal, contraditório e ampla defesa

> *Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*
>
> *Art. 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

27.1. CONCEITO

O devido processo legal de caráter procedimental (*procedural due process)* consiste na qualidade de determinado processo, cível, penal ou administrativo, informado pelos princípios do juiz natural, ampla defesa, contraditório e publicidade.

No plano penal, o devido processo criminal consiste, para o STF, na reunião das seguintes garantias: "(a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes" (HC 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 27-2-2009).

Também o STF reconhece como implícito ao art. 5º, LIV, o chamado *devido processo legal substancial*, que consiste em limite ao poder de legislar, devendo as leis ser elaboradas levando-se em consideração os princípios de justiça, sendo dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), guardando um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir (ADI 1.511-MC, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-10-1996, Plenário, *DJ* de 6-6-2003).

Por sua vez, a Constituição assegura o contraditório e ampla defesa nos processos judiciais e administrativos, bem como os meios e recursos a ela inerentes. Porém, os inquéritos (policial, civil ou ainda administrativo) são *procedimentos inquisitivos*, visando a coleta de fatos, sem ser informados pelo contraditório e ampla defesa. Após o inquérito, os atos de supressão ou limitação de direitos devem ser submetidos a ampla defesa e contraditório.

Nesse sentido, decidiu o STF que:

a) "Descabe ter-se como necessário o contraditório em inquérito administrativo. O instrumento consubstancia simples sindicância visando a, se for o caso, instaurar processo administrativo no qual observado o direito de defesa" (RE 304.857, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24-11-2009, Primeira Turma, *DJE* de 5-2-2010).

b) "Desnecessidade de observância no inquérito civil dos princípios do contraditório e da ampla defesa" (RE 481.955-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 10-5-2011, Primeira Turma, *DJE* de 26-5-2011).

c) "Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio" (HC 82.354, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 10-8-2004, Primeira Turma, *DJ* de 24-9-2004).

27.2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O direito ao duplo grau de jurisdição consiste na faculdade de se exigir o (i) reexame integral de determinada decisão judicial, a ser realizado (ii) por órgão diverso e de hierarquia superior no Poder Judiciário.

A Constituição de 1988 não assegurou tal direito explicitamente, sendo fruto implícito: (i) dos direitos decorrentes de tratados de direitos humanos (art. 5º, § 2º), como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos; e (ii) da previsão em diversos dispositivos constitucionais de recursos a Tribunais (deduzido, por exemplo, dos arts. 102, II, e 105, II).

Para o STF, o direito ao duplo grau de jurisdição não é absoluto, pois há diversas previsões na Constituição de julgamentos de única instância ordinária, tanto na área cível quanto na matéria criminal. O STF não se sensibilizou com a regra da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), pela qual todos têm direito ao duplo grau de jurisdição em matéria penal, uma vez que prevalece a Constituição, mesmo diante de tratados de direitos humanos (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-2000, Plenário, *DJ* de 22-11-2002).

Entretanto, no caso *Barreto Leiva contra Venezuela*, a Corte IDH decidiu que há violação da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.2 ”h”) no julgamento em única ou última instância, no qual não se garanta o direito de recorrer do julgamento a órgão distinto

(sentença de 17 de novembro de 2009). A Corte ressalvou, ainda nesse julgamento, que considera compatível com a Convenção o estabelecimento de foro por prerrogativa de função mesmo na mais Alta Corte de um país, mas exigiu que sejam criados mecanismos que assegurem, mesmo em uma situação de julgamento originário, o direito de recorrer do julgamento a outro órgão (por exemplo, fracionando o órgão colegiado máximo, para criar Turma de Julgamento e Turma de Apelação – parágrafo 91 da sentença Barreto Leiva).

28. Provas ilícitas

Art. 5º, LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

28.1. CONCEITO

O devido processo legal exige que seja assegurado o direito à prova, que, como qualquer outro direito fundamental, possui limites expressos e implícitos. Ou seja, não se pode invocar o direito fundamental à prova de modo ilimitado ou incondicionado. A Constituição determina que são inadmissíveis, em qualquer espécie de processo, as provas obtidas por meios ilícitos. De acordo com o art. 157 do CPP, as provas ilícitas são aquelas que foram obtidas com violação a normas constitucionais ou legais.

Há duas espécies de provas ilícitas: a) *prova ilícita em sentido estrito*, que é aquela que foi obtida em violação de regra de direito material; e b) *prova ilegítima,* que foi obtida em violação a regra processual.

São hipóteses de prova ilícita em sentido estrito (produzidas fora de um processo regular) as obtidas: pela violação indevida do domicílio (art. 5º, XI, da CF), pela interceptação indevida das comunicações (art. 5º, XII, da CF), por meio de tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF), pela violação do sigilo de correspondência (art. 5º, XII), por violação do direito à intimidade (caso de quebra do sigilo bancário e fiscal de modo não apropriado – ver Parte IV, item 9.8 sobre tais sigilos), entre outras[49].

Por sua vez, a prova ilegítima é aquela que foi obtida em processo regular, mas violando as regras vigentes.

28.2. ACEITAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

A temática das provas ilícitas levou a várias decisões importantes na jurisprudência brasileira a saber:

a) Aceitação excepcional das provas obtidas por meios ilícitos. Apesar da vedação da utilização de provas ilícitas prevista na Constituição, admite-se excepcionalmente seu uso em um processo para fazer valer o direito à ampla defesa. Há, assim, juízo de ponderação entre o devido processo legal (que não admite prova ilícita) e o direito à ampla defesa, podendo ser aceita a prova ilícita se for indispensável à defesa de determinado indivíduo.

b) Teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). As provas derivadas de uma prova ilícita são também consideradas ilícitas (ilicitude por derivação).

Para o STF, são inadmissíveis os elementos probatórios a que Estado somente obteve em razão da prova ilícita (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, *DJE* de 1º-8-2008). Todavia, é lícita a prova que foi obtida sem contaminação com outra prova ilícita existente no processo (STF, RHC 74.807, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 22-4-1997, Segunda Turma, *DJ* de 20-6-1997).

c) Aceitação de gravação feita por um dos interlocutores, sem ciência do outro. Não é prova ilícita a gravação de conversa telefônica ou conversa em ambiente qualquer (gravação ambiental) por um dos participantes, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação (RE 583.937-QORG,Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 19-11-2009, Plenário, *DJE* de 18-12-2009, com repercussão geral). Contudo, há precedente recente do TSE que julgou ilícita a gravação ambiental feita por interlocutor-eleitor, sem ordem judicial (possivelmente, essa decisão será revertida por contrariar o entendimento do STF – ver TSE, Recurso Especial Eleitoral n. 34.426, julgamento em 16-8-2012).

d) Aceitação de gravação por imagem em espaço privado pela vítima de crime. Não é prova ilícita a gravação de imagens feita com o objetivo de identificar o autor de crimes, feita em seu próprio espaço privado, pela vítima de atos delituosos (HC 84.203, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-10-2004, Segunda Turma, *DJE* de 25-9-2009).

29. A presunção de inocência e suas facetas

> *Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

A *presunção da inocência* consiste no direito de só ser considerado culpado de determinado delito após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, também denominada presunção de não culpabilidade. Há duas aplicações típicas da presunção de inocência no processo penal brasileiro: no (i) processo de conhecimento e na; (ii) execução da pena criminal definitiva.

No processo de conhecimento, a presunção de inocência exige que toda prisão processual seja cautelar (não pode ser antecipação da prisão definitiva) e fundamentada. Assim, a prisão preventiva sem motivo equivale à antecipação da pena, uma vez que, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a regra é a liberdade, sendo indispensável a demonstração de situações efetivas que justifiquem a prisão e o consequente sacrifício da liberdade individual no curso de um processo penal (STF, HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-11-2008, Plenário, *DJE* de 19-12-2008).

Ainda no processo de conhecimento, a presunção de não culpabilidade exige que a *culpa do indivíduo* seja demonstrada por provas requeridas pelo Acusador (*in dubio pro reo),* restando somente à Defesa provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Autor (as chamadas exculpantes). Essa faceta da presunção de não culpabilidade é adotada pelo STF, como se vê nesse precedente: “(...) Não encontro justificativa alguma para que se inverta, em processo penal de condenação, o ônus da prova. Entendimento diverso, a meu ver, implicaria evidente ofensa à presunção constitucional da não culpabilidade (art. 5º, LVII)”

(HC 95.142, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-11-2008, Segunda Turma, *DJE* de 5-12-2008).

Ocorre que essa última faceta da presunção da inocência deveria, por coerência, implicar a *limitação* do poder do magistrado criminal de requerer, de ofício, a produção de uma prova qualquer, uma vez que seu resultado (a prova em si) auxilia o Acusador, já que o réu nada precisa provar. Somente no que tange às exculpantes (cujo ônus probatório é do réu) é que se admitiria a produção probatória de ofício por parte do magistrado, uma vez que auxiliaria a Defesa, como defende Denise Abade[50].

Todavia, esse desdobramento da presunção de não culpabilidade (*limitar os poderes instrutórios de ofício do magistrado criminal*) não é aceito pela doutrina processualista majoritária nem pela jurisprudência, sendo corriqueira a aceitação dos poderes instrutórios de ofício ao magistrado no processo penal, mesmo em *desfavor da Defesa* nos casos em que a prova só auxilia a tese da Acusação (esmagadora maioria dos casos), o que é justificado em nome do princípio da *verdade real do processo penal*[51].

No que tange à execução da pena criminal definitiva , a presunção de inocência exige que a execução da pena privativa de liberdade só possa ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória (STF, HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 5-2-2009, Plenário, *DJE* de 26-2-2010).

30. Identificação criminal

> *Art. 5º, LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*;

A Constituição de 1988 determina que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 5º, LVIII). Repudiou-se o constrangimento desnecessário gerado pela identificação criminal, que acarretava aparência de culpa (ver o item anterior sobre a presunção de não culpabilidade).

A Constituição admite que lei imponha exceções ao direito daquele já identificado civilmente de não ser identificado criminalmente. A Lei n. 12.037/2009 prevê a *identificação datiloscópica e fotográfica* criminal para quaisquer pessoas que (i) não apresentem identificação civil e (ii) para aqueles que já foram identificados civilmente nas hipóteses elencadas pela lei, referentes à indispensabilidade de tal identificação (art. 3º).

Recentemente, a Lei n. 12.654/2012 alterou a Lei n. 12.037/2009 e também a Lei de Execução Penal, criando a *identificação de perfil genético para fins criminais*, tendo como inspiração o Sistema de Indexação de DNA (CODIS – Combined DNA Index System) gerenciado pelo FBI norte-americano. A identificação de perfil genético consiste no uso de material que contém DNA – ácido desoxirribonucleico – de um indivíduo para identificá-lo, o que é mais preciso que as técnicas tradicionais de identificação (fotográfica e datiloscópica).

Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, *não* podendo revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de

gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos (busca-se impedir discriminações odiosas, por exemplo, pela não contratação de alguém ou aumento do valor de seguro de vida).

A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos da investigação criminal ou determinado em decisão judicial.

Finalmente, a lei exigiu que os condenados por (i) crime praticado dolosamente e com violência de natureza grave contra pessoa, ou (ii) por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), sejam submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor.

De acordo com a lei, é necessária autorização judicial para que a autoridade policial, no caso de inquérito instaurado, tenha acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Pelo que se viu, a Lei n. 12.654/2012 *somente* autorizou expressamente a intervenção corpórea *automática* (desde que feita por técnica indolor) para coleta do material dos condenados definitivos (ver Parte IV, item 6 sobre integridade física).

No caso de investigação e instrução criminais, a medida de coleta de material biológico para a identificação do perfil genético dependerá das circunstâncias do caso (juízo de ponderação) e de autorização judicial, a pedido da Autoridade Policial, do Ministério Público, da Defesa ou mesmo de ofício.

Contudo, alertamos que a intervenção corpórea mínima em outros casos não foi aceita pelo STF (ver detalhada análise no capítulo sobre integridade física), que terá agora outra oportunidade para rever sua jurisprudência sobre a ponderação entre o direito à integridade física e os direitos à segurança, à verdade e à justiça.

31. Ação penal privada subsidiária

> *Art. 5º, LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;*

A Constituição de 1988 criou uma única exceção à titularidade do Ministério Público na ação penal pública: a ação privada subsidiária da ação penal pública pela vítima ou seu representante, regulamentada no Código de Processo Penal (art. 29). O ajuizamento da ação penal privada subsidiária da ação penal pública é cabível na existência de inércia do Ministério Público (MP), que se abstém, no prazo legal, de (i) oferecer denúncia, ou de (ii) requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, ou, ainda, (iii) de requisitar diligências investigatórias à autoridade policial.

Caso o MP tenha realizado uma dessas três atividades (por exemplo, promoveu o arquivamento do inquérito policial), não há inércia – mesmo que a vítima não concorde com as razões do *Parquet*, não podendo ser proposta a ação penal privada subsidiária (STF, HC

74.276, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-9-1996, Primeira Turma, *DJE* de 24-2-2011).

32. Publicidade dos atos processuais

> *Art. 5º, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;*

Em linha com a liberdade de informação dos atos envolvendo o Poder Público, a Constituição de 1988 possui dispositivo específico sobre a publicidade dos atos processuais: esses devem, como regra geral, desenvolver-se de modo público, somente podendo ser submetidos a sigilo, permitindo-se o acesso às partes somente nos casos de (i) defesa da intimidade ou do (ii) interesse social.

Nesse sentido, o STF já decidiu que a publicidade dos atos processuais não pode ser restrita por atos judiciais de natureza discricionária, devendo ser fundamentada a decisão de sigilo, nos casos excepcionais, "para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público" (RMS 23.036, Rel. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, julgamento em 28-3-2006, Segunda Turma, *DJ* de 25-8-2006).

33. Prisão civil

> *Art. 5º, LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;*

A Constituição de 1988 assegurou o direito individual de não ser preso por dívida, com duas exceções: 1) inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e 2) depositário infiel.

Porém, a ratificação brasileira de tratados de direitos humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11 – "ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual") e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7 - 7."Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemente de obrigação alimentar"), eliminou a possibilidade de qualquer hipótese de prisão civil do depositário infiel e permitiu apenas a prisão do alimentante que, podendo prestar os alimentos devidos, decide voluntariamente não prestá-los.

Para o STF, o *status* normativo supralegal ou constitucional dos tratados de direitos humanos (ver o duplo estatuto dos tratados de direitos humanos no capítulo específico) no Brasil tornou *inaplicável* a legislação ordinária ou mesmo complementar com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de Incorporação interna dos tratados (em especial, o art. 652 do CC - Lei n. 10.406/2002 – RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, *DJE* de 5-6-2009, com

repercussão geral).

Finalmente, foi editada a *Súmula Vinculante 25*, que determinou que "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

34. Assistência jurídica integral e gratuita

> *Art. 5º, LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;*

A Constituição de 1988 criou o *direito à assistência jurídica integral*, que deve ser prestado pelo Estado de modo gratuito aos que comprovarem insuficiência de recursos. A menção à "assistência jurídica integral" é inovação da Constituição, que não adotou a linha restritiva de "assistência judiciária", utilizada na Constituição de 1934, que foi a primeira a contar com esse direito, que se manteve nas Constituições posteriores (exceto a Constituição de 1937, que não o mencionou). A Constituição ainda inovou ao incluir o termo "integral", o que exige que o Estado preste inclusive orientação jurídica e assistência extraprocessual (perante órgãos administrativos, por exemplo).

Esse direito é indispensável para fazer valer os demais direitos. Por isso, estudaremos logo abaixo os principais aspectos da *Defensoria Pública*, instituição essencial à função jurisdicional do Estado e que serve de instrumento para assegurar o direito à assistência jurídica integral.

35. Defensoria Pública

35.1. CONCEITO, INSERÇÃO CONSTITUCIONAL E PODERES

A constitucionalização da Defensoria Pública foi uma das *inovações* da Constituição de 1988. De acordo com o art. 134, a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Foi consagrada pela Constituição para ser a responsável pela prestação gratuita do direito à assistência jurídica integral aos que dela necessitem, concretizando o "direito a ter direitos", pois sem o acesso à justiça os demais direitos ficam em risco.

Nesse sentido, decidiu o STF que "de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (...), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da CR" (ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-2005, Plenário, *DJE* de 19-9-2008).

Ainda de acordo com a Constituição de 1988, a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios devem ser organizadas por lei complementar, assegurando-se a seus integrantes a garantia da *inamovibilidade* e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. Já as Defensorias Públicas Estaduais possuem *autonomia funcional e administrativa* e a iniciativa de sua proposta orçamentária, fruto da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Em 6 de agosto de 2013, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 74, que conferiu às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal a autonomia administrativa e financeira já obtida pelas Defensorias dos Estados (novo § 3º do art. 134).

A Lei Complementar n. 80/94 (alterada sensivelmente em 2009 pela LC n. 132) dispõe que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, (i) a orientação jurídica, (ii) a promoção dos direitos humanos e a (iii) defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal (art. 1º da LC n. 80, conforme redação da LC n. 132/2009).

Ainda de acordo com a Lei Complementar n. 80/94, a Defensoria Pública é composta por: a) Defensoria Pública da União; b) Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; c) Defensoria Pública dos Estados. Seus princípios institucionais são a *unidade*, a *indivisibilidade* e a *independência funcional*.

São objetivos da Defensoria Pública: I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (objetivos incluídos pela LC n. 132, de 2009). Pelo que foi exposto, vê-se que a missão maior da Defensoria Pública, em um país marcado por desigualdades sociais e negação de direitos no cotidiano, é a defesa de *direitos humanos*.

Cabe à Defensoria Pública da União atuar perante Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União. Essa atuação é tão ampla que a Lei Complementar n. 80/94 prevê que a Defensoria Pública da União deverá firmar *convênios* com as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, para que estas, em seu nome, atuem junto aos órgãos de primeiro e segundo graus de jurisdição referidos.

A Lei Complementar n. 80/94 estabelece as normas gerais da Defensoria Pública dos Estados, que ainda são regidas pelas suas leis estaduais, em linha com a competência legislativa concorrente estabelecida pela CF/88 (art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XIII – assistência jurídica e Defensoria pública).

No tocante à chefia, a Defensoria Pública da União tem por chefe o *Defensor Público-Geral Federal,* nomeado pelo Presidente da República, dentre membros estáveis da Carreira e maiores de 35 anos, escolhidos em lista tríplice formada pelo voto direto, secreto, plurinominal e obrigatório de seus membros, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, precedida de nova aprovação do Senado Federal.

Já a Defensoria Pública do Estado tem por chefe o Defensor Público-Geral, nomeado pelo Governador do Estado, dentre membros estáveis da Carreira e maiores de 35 anos, escolhidos em lista tríplice formada pelo voto direto, secreto, plurinominal e obrigatório de seus membros, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

35.2. FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Lei Complementar n. 132/2009 explicitou as diversas funções institucionais que decorrem da missão constitucional da Defensoria de defesa do direito a ter direitos dos vulneráveis no Brasil.

O art. 4º da citada Lei dispõe que cabe à Defensoria Pública a promoção de ações de qualquer natureza (inclusive as referentes a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos), a atuação extrajudicial na orientação e conciliação (inclusive promovendo prioritariamente a solução extrajudicial dos litígios, por meio da mediação, arbitragem, conciliação e outras técnicas), a atuação em estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais e ainda o *poder de representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos*, postulando perante seus órgãos. Isso sem contar a função de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.

Das ausências de atribuição, uma das mais sentidas é a *falta de legitimidade ativa* do Defensor Público Geral Federal para propor ações diretas de controle abstrato de constitucionalidade, pois o rol do art. 103 da CF/88 não lhe contempla.

Dessas importantes funções, ressalto a ênfase em fórmulas diferenciadas na defesa dos direitos dos vulneráveis, que vão além da assistência jurídica em um litígio judicial individual, a saber: a) atuação na solução extrajudicial de conflitos; b) uso da tutela coletiva de direitos e de direitos coletivos; c) provocação dos mecanismos internacionais de direitos humanos, de modo a superar eventual jurisprudência nacional (inclusive a do STF) restritiva ou de denegação de direitos.

Para o futuro, fica evidente que a Defensoria Pública desempenhará protagonismo no chamado *litígio estratégico de direitos humanos*[52], que consiste no uso de mecanismos jurídicos judiciais para obter avanços sociais.

Por outro lado, em 2012, o STF reforçou a autonomia constitucional da Defensoria Pública, ao considerar que deve ser interpretado conforme a Constituição Federal dispositivo estadual sobre a celebração de convênios pela Defensoria com a OAB, no sentido de apenas autorizar, *sem obrigatoriedade nem exclusividade*, a Defensoria a celebrar convênio com a OAB (ADI 4163/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, 29-2-2012, Informativo STF n. 656).

36. O direito à duração razoável do processo

> *Art. 5º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

A Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu o direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, que combate a delonga tradicional no julgamento de feitos no Brasil, dado acúmulo de causas.

Atualmente, ao menos no caso de restrição a liberdade de locomoção, reconhece-se que pode o STF determinar aos Tribunais Superiores o julgamento de mérito de *habeas corpus*, se entender irrazoável a demora no julgamento (HC 91.041, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-6-2007, Primeira Turma, *DJ* de 17-8-2007 – nesse caso, em sede de *habeas corpus,* o STF determinou que a autoridade impetrada apresentasse imediatamente, na primeira sessão da Turma na qual oficiava, o *habeas corpus* ajuizado).

A *Corte Interamericana de Direitos Humanos* utiliza o seguinte critério para, caso a caso, determinar se houve violação do devido processo legal em um prazo razoável: (i) complexidade da causa; (ii) atividade das partes (ou seja, se uma das Partes contribuiu, com medidas procrastinatórias); e (iii) atividade do juiz[53].

37. Justiça de transição, direito à verdade e justiça

A justiça de transição engloba o *conjunto de dispositivos que regula a restauração do Estado de Direito após regimes ditatoriais ou conflitos armados internos, englobando quatro dimensões* (ou facetas): (i) direito à verdade e à memória; (ii) o direito à reparação das vítimas; (iii) o dever de responsabilização dos perpetradores das violações aos direitos humanos e, finalmente; (iv) a formatação democrática das instituições protagonistas da ditadura (por exemplo, as Forças Armadas).

O *direito à verdade* consiste na exigência de toda informação de interesse público, bem como exigir o esclarecimento de situações inverídicas relacionadas a violações de direitos humanos. Tem natureza individual e coletiva, pois interessa a toda comunidade o esclarecimento das situações de desrespeito aos direitos humanos. Tem dupla finalidade: o conhecimento e também o reconhecimento das situações, combatendo a mentira e a negação de eventos, o que concretiza o direito à memória.

Recentemente, a Lei n. 12.527/2011 regulamentou o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, e no inciso II do § 3º do art. 37, bem como no § 2º do art. 216 da CF (ver Parte IV, item 18 sobre a citada lei acima).

O direito à verdade é concretizado tanto na sua faceta histórica, mediante Comissões de Verdade (ver abaixo a Lei n. 12.528/2012), quanto na sua faceta judicial (fruto das ações judiciais – cíveis e criminais – de punição dos agentes responsáveis).

No Brasil, a Lei n. 12.528/2011 criou a *Comissão Nacional da Verdade*. De acordo com seu art. 1º, a comissão tem como finalidade “examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição), a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”.

Além de (i) esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos, promovendo o esclarecimento dos casos de torturas, mortes,

desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior, a Comissão deve encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na (ii) localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos e (iii) recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional.

Quanto à obtenção da verdade judicial, é cabível a responsabilização dos agentes que promoveram graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar. Para tanto, a Corte IDH considerou ser inaplicável a Lei n. 6.683/79 (Lei da Anistia) aos agentes da ditadura, uma vez que tal lei ofendeu o *direito à justiça* das vítimas e seus familiares, previsto implicitamente nos arts. 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Caso Gomes Lund *vs*. Brasil, sentença de 24-11-2010).

Ocorre que o STF decidiu pela *improcedência da ADPF 153*, interposta pelo Conselho Federal da OAB, que almejava a interpretação conforme a Constituição da Lei da Anistia, no sentido de excluir os agentes da ditadura do seu alcance. Para o relator, Min. Eros Grau, a Lei da anistia veiculou uma decisão política assumida naquele momento e a Constituição de 1988 não pode afetar leis-medida que a tenham precedido (ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, *DJE* de 6-8-2010).

38. Garantias fundamentais

A Constituição de 1988 prevê, no seu Título II, direitos e garantias fundamentais. Por garantias fundamentais, entendem-se os instrumentos, inseridos na Constituição, que asseguram e promovem os direitos fundamentais. Entre essas garantias, há *ações constitucionais*, também chamadas de remédios constitucionais, que possuem *natureza híbrida*: representam ações regidas pelo Direito Processual, mas, ao mesmo tempo, são inseridas na Constituição e desempenham a função de proteger direitos fundamentais.

Há *oito* ações constitucionais: o *habeas corpus*, o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, o *habeas data,* a ação popular, a ação civil pública e ainda o direito de petição. Analisaremos, abaixo, as principais características de cada uma delas.

38.1. *HABEAS CORPUS*

> *Art. 5º, LXVIII – conceder-se-á* habeas corpus *sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;*

Conceito – O *habeas corpus* consiste em ação constitucional cabível sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua *liberdade de locomoção*, por ilegalidade ou abuso de poder, conforme dispõe o art. 5º, LXVIII.

Origem – O *habeas corpus* tem raízes na Carta Magna (1215) e no *Habeas Corpus Act* (1679). No Brasil, foi previsto no Código Criminal do Império (1830) e, pela primeira vez em

um texto constitucional, na Constituição de 1891.

Cabimento – Logo após a Constituição de 1891, a interpretação do cabimento do *habeas corpus* foi ampliada para abarcar a violação de todo e qualquer direito constitucional, uma vez que a redação do art. 72, § 22, da Constituição de 1891 (que tratou do *habeas corpus*) não mencionava "liberdade de locomoção". Essa ampliação do alcance do *habeas corpus* foi denominada "teoria brasileira do *habeas corpus",* eliminada somente na Reforma Constitucional de 1926, que alterou a redação do art. 72, § 22, para incluir a redação próxima da atual (com referência expressa à liberdade de locomoção). Atualmente, é cabível o *habeas corpus* para combater lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

Restrição – A CF/88 prevê que *não* caberá *habeas corpus* em face de punições disciplinares militares (art. 142, § 2º).

Competência para julgamento – Será determinada de acordo com o tipo de autoridade coatora e, excepcionalmente, de acordo com o paciente (aquele que sofre sofreu violência ou coação em sua liberdade ambulatorial).

Espécies e ordem – O *habeas corpus* pode ser preventivo (antes da ocorrência da lesão), quando, se concedido, gerará um "salvo conduto" ao paciente para assegurar seu direito de ir ou repressivo, quando se obtém um alvará de soltura liberatório contra ato abusivo ou ilegalidade.

Propositura e trâmite – Pode ser proposto por qualquer pessoa física (em sua defesa ou na defesa de terceiro) ou jurídica, inclusive o Ministério Público e a Defensoria para proteger direito de ir e vir de determinado indivíduo (liberdade de locomoção ou liberdade ambulatorial). Pode ser proposta sem advogado ou formalidade. O juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, pode conceder de ofício. O trâmite é singelo: o Impetrante sustenta a existência de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção por conduta imputada à Autoridade Coatora, em desfavor do Paciente. A Autoridade Coatora presta informações, o Ministério Público oficia como *custos legis,* dando parecer (já que pode ter ocorrido inclusive crime por parte da Autoridade Coatora), e o juízo concede ou denega a ordem de *habeas corpus*.

Súmulas do STF sobre *Habeas Corpus:*

• Súmula 299 – O recurso ordinário e o extraordinário interpostos no mesmo proceso de Mandado de segurança, ou de "Habeas Corpus", serão julgados conjuntamente pelo Tribunal Pleno.

• Súmula 319 – O prazo do recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, em "Habeas Corpus" ou Mandado de Segurança, é de cinco dias.

• Súmula 344 – Sentença de primeira instância concessiva de "Habeas Corpus", em caso de crime praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, está sujeita a recurso "ex officio".

• Súmula 395 – Não se conhece de recurso de "Habeas Corpus" cujo objeto seja resolver sobre o ônus das custas, por não estar mais em causa a liberdade de locomoção.

• Súmula 431 – É nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação, ou publicação da pauta, salvo em "Habeas Corpus".

• Súmula 606 – Não cabe “Habeas Corpus” originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em “Habeas Corpus” ou no respectivo recurso.

• Súmula 690 – Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de “Habeas Corpus” contra decisão de Turma recursal de Juizados Especiais Criminais.

• Súmula 691 – Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de “Habeas Corpus” impetrado contra decisão do relator que, em “Habeas Corpus” requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar.

• Súmula 692 – Não se conhece de “Habeas Corpus” contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito.

• Súmula 693 – Não cabe “Habeas Corpus” contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

• Súmula 694 – Não cabe “Habeas Corpus” contra a imposição de pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.

• Súmula 695 – Não cabe “Habeas Corpus” quando já extinta a pena privativa de liberdade.

38.2. MANDADO DE SEGURANÇA

> *Art. 5º, LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas corpus” ou “habeas data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;*

Conceito – O mandado de segurança visa proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data,* ameaçado ou lesado por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX). A Constituição de 1988 inovou e prevê ainda o *mandado de segurança coletivo* a ser impetrado por (i) partido político com representação no Congresso Nacional e por (ii) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX).

Origem – Foi inserido pela primeira vez em uma Constituição na Constituição de 1934. Visava incrementar a proteção de direitos, após o fim da “teoria brasileira do *habeas corpus*”. Desde então compõe o texto das nossas Constituições (ausência somente na Constituição de 1937), constituindo-se em *instituto tipicamente brasileiro*: somente há institutos próximos (e não idênticos) em outros países, como o “recurso de amparo” da Espanha. A regulamentação foi durante décadas a da Lei n. 1.533/51, que foi revogada e substituída pela Lei n. 12.016, de 2009, com poucas alterações.

Cabimento – Cabe mandado de segurança para proteger “direito líquido e certo”, que consiste em todo direito cujos fatos que o embasam podem ser provados de plano, sem instrução probatória. Não se admite, então, dilação probatória no mandado de segurança: a

prova tem que ser preconstituída. Também só é cabível mandado de segurança para combater condutas (comissivas ou omissivas) (i) ilegais ou fruto de (ii) abuso de poder imputadas à autoridade pública ou agente privado no exercício de atribuições do Poder Público. A Lei n. 12.016/2009 vedou a impetração de mandado de segurança contra ato de gestão comercial praticado pelo administrador de empresa pública, de sociedade de economia mista e de concessionária de serviço público. A mesma lei determinou que se equiparam às autoridades públicas os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Restrição – Não cabe mandado de segurança para proteger a (i) liberdade de locomoção (pois cabe *habeas corpus*) nem a (ii) a autodeterminação informativa (veremos abaixo, pois é cabível *habeas data*).

Competência para julgamento – Será determinada de acordo com o tipo de autoridade coatora, de acordo com a Constituição e com as leis infraconstitucionais.

Espécies e ordem – O mandado de segurança pode ser preventivo (antes da ocorrência da lesão ao direito líquido e certo) ou repressivo (depois da ilegalidade ou abuso de poder). Em geral, pede-se antecipação de tutela pela via liminar.

Propositura e trâmite – O legitimado ativo (impetrante) é o pretenso titular do direito líquido e certo, o que abarca pessoas físicas, jurídicas, entes despersonalizados (inclusive órgãos públicos despersonalizados, como Mesas do Poder Legislativo e Ministério Público). O prazo é de 120 dias (decadencial) contados da ciência da conduta impugnada. O impetrado é a autoridade coatora, que é aquele que praticou o ato ilegal ou abusivo, ou ainda aquele que ordenou tal prática. Após a propositura e eventual apreciação da liminar, há a prestação das informações pela Autoridade Coatora. O *Ministério Público atua como fiscal da lei*, emitindo parecer logo após o prazo para envio das informações. O rito completa-se, de modo célere, com a sentença. O conteúdo da sentença de procedência é mandamental, ou seja, é uma ordem dirigida à autoridade coatora, que comete crime de desobediência, caso a descumpra. Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

38.3. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

> *Art. 5º, LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:*
> *a) partido político com representação no Congresso Nacional;*
> *b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados*;

Conceito – Dispõe a Lei n. 12.106/2009, que regulamentou o art. 5º, LXX, que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos

seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Assim, não cabe exigir autorização assemblear (de assembleia da associação).

Origem e diferenças – A Constituição de 1988 criou o mandado de segurança coletivo, que difere do mandado de segurança individual somente quanto aos (i) legitimados (visto acima) e (ii) objeto.

Objeto – Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I – coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Partidos Políticos – Para parte da doutrina, os partidos políticos podem defender todo e qualquer direito líquido e certo coletivo ou individual homogêneo, pois a finalidade partidária é defender e bem representar o interesse da sociedade. Há precedente contrário do STJ, que restringe a ação dos partidos políticos na defesa dos filiados e em questões políticas, como bem lembra Pedro Lenza[54]. A Lei n. 12.016 adotou a visão restritiva e determinou que os partidos só podem impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de direitos líquidos e certos referentes a seus integrantes ou à finalidade partidária.

Organização sindical, entidade de classe ou associação – Já as organizações sindicais, entidade de classe ou associação, podem defender direitos líquidos e certos coletivos ou individuais homogêneos dos membros ou parte deles, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial (ver ainda Súmula 630 do STF).

Trâmite – Há poucas diferenças do já estudado no mandado de segurança individual. O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva. No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas. A sentença fará coisa julgada em face somente dos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Súmulas do STF sobre Mandado de Segurança:

• Súmula 101 – O mandado de segurança não substitui a ação popular.

• Súmula 248 – É competente, originariamente, o Supremo Tribunal Federal, para mandado de segurança contra ato do Tribunal de Contas da União.

• Súmula 266 – Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

• Súmula 267 – Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

• Súmula 268 – Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

• Súmula 269 – O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

• Súmula 270 – Não cabe mandado de segurança para impugnar enquadramento da Lei n.

3.780, de 12-7-1960, que envolva exame de prova ou de situação funcional complexa.

• Súmula 271 – Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

• Súmula 272 – Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança.

• Súmula 299 – O recurso ordinário e o extraordinário interpostos no mesmo processo de mandado de segurança, ou de "Habeas Corpus", serão julgados conjuntamente pelo Tribunal Pleno.

• Súmula 304 – Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.

• Súmula 319 – O prazo do recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, em "Habeas Corpus" ou mandado de segurança, é de cinco dias.

• Súmula 330 – O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados.

• Súmula 392 – O prazo para recorrer de acórdão concessivo de segurança conta-se da publicação oficial de suas conclusões, e não da anterior ciência à autoridade para cumprimento da decisão.

• Súmula 405 – Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

• Súmula 429 – A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

• Súmula 430 – Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança.

• Súmula 474 – Não há direito líquido e certo, amparado pelo mandado de segurança, quando se escuda em lei cujos efeitos foram anulados por outra, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

• Súmula 506 – O agravo a que se refere o art. 4º da Lei n. 4.348, de 26-6-1964, cabe, somente, do despacho do presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a "denega".

• Súmula 510 – Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

• Súmula 511 – Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandados de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, § 3º.

• Súmula 512 – Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

• Súmula 597 – Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu, por maioria de votos, a apelação.

• Súmula 623 – Não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, "n", da Constituição, dirigir-

se o pedido contra deliberação administrativa do tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros.

• Súmula 624 – Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais.

• Súmula 625 – Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.

• Súmula 626 – A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

• Súmula 627 – No mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento.

• Súmula 629 – A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

• Súmula 630 – A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.

• Súmula 631 – Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.

• Súmula 632 – É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.

• Súmula 701 – No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo.

38.4. MANDADO DE INJUNÇÃO

> *Art. 5º, LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;*

Conceito – De acordo com a Constituição de 1988, o mandado de injunção pode ser proposto sempre que "a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" (art. 5º, LXXI). Combate-se a inércia de regulamentação que impede ou dificulta a efetividade das normas constitucionais. O STF admite o mandado de injunção coletivo, tendo considerado até ser inadmissível o pedido de desistência do MI coletivo após o início do julgamento no STF (por ser o Sindicato impetrante mero substituto processual, ou seja, o titular do direito inviabilizado pela omissão são os trabalhadores – ver em STF, MI 712-QO, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-10-2007, Plenário, *DJ* de 23-11-2007).

Origem e cabimento – A Constituição de 1988 criou o mandado de injunção. Para o STF, "para ser cabível o mandado de injunção é necessário que se constate: 1) omissão de norma

regulamentadora e 2) concreta inviabilidade de plena fruição de direito ou liberdade constitucional (ou prerrogativa inerente à nacionalidade, soberania e cidadania) pelo seu titular. Por isso, é necessário que se comprove, de plano, a (i) titularidade do direito e a (ii) sua inviabilidade decorrente da ausência de norma regulamentadora do direito constitucional" (MI 2.195-AgR, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 23-2-2011, Plenário, *DJE* de 18-3-2011).

Legitimidade ativa e passiva – Cabe ao titular (pessoa física ou jurídica) do direito inviabilizado a propositura do mandado de injunção. Por sua vez, a legitimidade passiva é do agente que possui competência para elaborar a norma faltante.

Competência – A competência para julgamento do MI depende do ente omisso e pode ser assim resumida: a) STF (art. 102, I, *q*): cabe ao STF julgar o MI quando quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; também cabe ao STF o julgamento de recurso ordinário, quando o mandado de injunção for decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão. b) STJ (art. 105, I, *h*): cabe ao STJ julgar mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. c) TSE (art. 121 § 4º, V), no caso de recurso contra denegação de mandado de injunção por um Tribunal Regional Eleitoral. d) Justiça Estadual (art. 125, § 1º): delega aos Estados a organização da justiça estadual, observados os princípios da CF/88; assim, em vários Estados, como o de São Paulo, o mandado de injunção contra autoridades estaduais e municipais é da competência do TJ[55].

Trâmite e efeitos – O mandado de injunção é regido pelo trâmite do mandado de Segurança, sendo utilizada, então, sua estrutura básica: Impetrante, Autoridade Coatora, Parecer do MP e Sentença, sem fase probatória (direito provado de plano).

Contudo, o caráter mandamental da sentença de concessão do mandado de segurança não foi transposto, inicialmente, ao mandado de injunção. Entendeu o STF, nos primeiros anos após a Constituição de 1988, que, em nome da separação dos poderes, não poderia o Poder Judiciário dar uma *ordem* para que o direito em questão no processo fosse implementado. O impetrante deveria se contentar com a "certificação da mora" por parte do Judiciário (*posição não concretista*). Ao longo dos anos, houve mudança dessa posição. Assim, hoje o STF entende que é possível, na ação de mandado de injunção, (i) determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado (*posição concretista individual*). Também pode o (ii) STF fixar prazo para que o órgão legislativo inerte legisle (posição concretista intermediária). Além disso, o STF pode (iii) determinar a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador (*posição concretista individual* – cf. em MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, *DJE* de 31-10-

2008). E, finalmente, pode (iv) o STF determinar que, até que o legislador normatize a matéria, determinada solução seja aplicada ao impetrante e a todos os demais prejudicados (*posição concretista geral*). Essa última hipótese ocorreu no caso da inércia da regulamentação da greve dos servidores públicos, ordenando o STF a aplicação, por analogia, da lei que regula a greve dos empregados privados (Lei n. 7.783/89 – cf. em MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-10-2007, Plenário, *DJE* de 31-10-2008).

38.5. *HABEAS DATA*

> *Art. 5º, LXXII – conceder-se-á "habeas data":*
> *a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;*
> *b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;*

Conceito e origem – O *habeas data* consiste em garantia fundamental que assegura o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e também serve para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (art. 5º, LXXII). Essa parte final do dispositivo constitucional demonstra que há a via ordinária como alternativa. É inovação da Constituição e 1988, inspirado nas Constituições de Portugal e da Espanha, e que visa proteger o *direito à autodeterminação informativa*. Sua instituição foi uma ruptura com o passado de arquivos secretos da Ditadura e perseguição política. Não se trata simplesmente de assegurar o direito à informação e combater a "cultura do biombo" dos bancos de dados de entes públicos ou de caráter público, mas também de permitir que o interessado possa *retificar* as informações, controlando sua veracidade. Em 1997, foi editada a Lei n. 9.504 que regulamentou o *habeas data*, após anos de utilização analógica da Lei do Mandado de Segurança.

Objeto – Cabe *habeas data* para assegurar o conhecimento e eventual retificação de informação do titular, garantindo, em benefício de pessoa física ou jurídica diante de bancos de dados públicos ou de caráter público: (i) o direito de acesso aos dados e registros existentes; (ii) o direito de retificação das informações errôneas; e (iii) direito de complementação dos dados insuficientes ou incompletos. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações. A Lei n. 9.507/97 fixou o objeto do HD para o seguinte tripé: obter, corrigir e e anotar (incluir) contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mais justificável (caso típico de inclusão de anotação sobre existência de pendência judicial).

Diferença com o direito à certidão (mandado de segurança) – No caso do direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, *b*) ou mesmo o direito à informação de interesse particular ou geral (art. 5º, XXXIII), a garantia fundamental apta a proteger tais direitos é o mandado de segurança. Assim, o pedido de certidão de contagem de tempo de serviço negado

abusivamente por gerente do INSS é protegido pelo uso do mandado de segurança e não do *habeas data*. No mesmo sentido, o *habeas data* não se revela meio idôneo para se obter vista de processo administrativo, cabendo mandado de segurança (HD 90-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 18-2-2010, Plenário, *DJE* de 19-3-2010).

Legitimidade ativa e passiva – Pode impetrar *habeas data* o pretenso titular do direito à autodeterminação informativa. Consequentemente, o *habeas data* não se presta para solicitar informações relativas a terceiros, pois, nos termos do inciso LXXII do art. 5º da CF, sua impetração deve ter por objetivo "assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante" (HD 87-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-11-2009, Plenário, *DJE* de 5-2-2010). No polo passivo, a Lei n. 9.504/97 adotou o mesmo modelo do mandado de segurança, sendo a Autoridade Coatora o agente que detém a informação e o Requerido (que poderá recorrer) o sujeito de direito a quem pertencem os registros ou dados. Esse sujeito de direito pode ser público ou privado: o critério será a disponibilização da informação ao público. Assim, considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações. Por isso, decidiu o STF que o Banco do Brasil é parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação de HD uma vez que mantinha os dados pleiteados pelo impetrante para seu uso privativo (STF, RE 165.304, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 19-10-2000, Plenário, *DJ* de 15-12-2000).

Trâmite – A Lei n. 9.504/97 prevê uma fase administrativa e uma fase judicial. A fase administrativa (ou pré-judicial) consiste no pedido das informações para conhecimento e eventual retificação ou complementação ao órgão detentor. Caso haja recusa ou atendimento imperfeito do pedido, é que surge o interesse de agir para a impetração do *habeas data*. Por isso, a petição inicial deverá ser instruída com prova da recusa ao acesso às informações, ou do decurso de mais de 10 dias sem decisão, ou ainda da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de 15 dias, sem decisão e, finalmente, da recusa em fazer-se o complemento de dados ou anotação. Nesse sentido, a Súmula n. 02 do STJ: "não cabe o *habeas data* (cf., art. 5º, LXXII, letra *a*) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa". O rito do HD é similar ao do mandado de segurança: há o impetrante e a autoridade coatora e não se admite instrução probatória. O HD não serve para corrigir aquilo que for controverso: eventual necessidade de dilação probatória exigirá o uso das ações ordinárias.

Competência – A autoridade coatora é essencial para definir competência judicial. A competência do STF é para: *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF; cabe ao STJ julgar *habeas data*: contra atos de Ministro de Estado, Comandantes das Forças Armadas ou do próprio STJ; os Tribunais Regionais Federais julgam *habeas data* contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal; o juiz federal julga *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; e, finalmente, os tribunais estaduais julgam *habeas data* segundo o disposto na Constituição do Estado (observados os casos já previstos pela

CF/88); e o juiz estadual, para os casos restantes.

38.6. AÇÃO POPULAR

> *Art. 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;*

Conceito e origem – A ação popular consiste em ação em que qualquer cidadão pede a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. Sua origem está nas chamadas ações públicas romanas (*publica judicia*), no qual o autor agia a favor do povo (*pro populo*). No Brasil, a primeira Constituição a prever tal garantia fundamental foi a Constituição de 1934, no inciso XXXIII do art. 113 que estabeleceu: "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios". A ação popular protege o direito fundamental da boa governança, que consiste no direito difuso de toda a comunidade de ser governada segundo os princípios da legalidade, da moralidade e de invocar a tutela jurisdicional para combater práticas lesivas a tal direito. O direito de propor ação popular é do cidadão (age, em nome próprio, na defesa de direito difuso – substituição processual – ver abaixo), o que o insere na categoria dos "direitos políticos de fiscalização".

Objeto – Inicialmente, a ação popular trata de invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegalidade pode advir de vício formal ou substancial, devido à violação de regra de incompetência do agente, ou ainda forma, bem como fruto de ilegalidade do objeto e inexistência dos motivos ou desvio de finalidade. Após a Constituição de 1988, houve a ampliação do objeto da ação popular, que abarca agora ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. A moralidade administrativa consiste no conjunto de preceitos de bom-agir do governante, sendo considerada a conduta ética e em boa-fé que se espera do gestor público. Há três elementos básicos do regime jurídico da ação popular: a) cidadão é o proponente (*vide* abaixo a legitimidade subsidiária do MP); b) ilegalidade; e c) lesividade. Para o STJ, o alargamento das hipóteses de cabimento da ação popular não elimina o dever do Autor Popular de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural (EREsp 260.821/SP Relator p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, *DJ* 13.02.2006)[56]. A ação popular, ainda, é o instrumento pioneiro na tutela de direitos difusos no Brasil, sendo regulamentada pela Lei n. 4.717 de 1965.

Legitimidade ativa e passiva – A legimitidade da ação popular é do cidadão, que é o nacional exercente de direitos políticos. Por isso, deve comprovar, na petição inicial, ser eleitor e estar em gozo dos seus direitos políticos. A propositura da ação popular é direito

político, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (CF, art. 5º, LXXIII). Para Pedro Lenza, não cabe assistência ao menor cidadão (como se sabe, o jovem de 16 a 18 pode, de modo facultativo, ser eleitor)[57]. Excepcionalmente, o MP assumirá o polo ativo, para dar continuidade a ação popular já proposta (art. 9º da Lei n. 4.717/65). Não podem propor ação popular: os inalistáveis ou inalistados, aqueles que sofrem de suspensão de direitos políticos, os estrangeiros (mesmo os portugueses no gozo do estatuto da igualdade, pois não há a reciprocidade em Portugal exigida pela CF/88), os partidos políticos e entidades de classe ou qualquer outra pessoa jurídica (ver abaixo a Súmula 365 do STF). Quanto à legitimidade passiva, cabe a propositura contra as pessoas jurídicas cujo patrimônio foi lesado, bem como contra os agentes que causaram o dano – por ação ou omissão, e ainda contra os beneficiados. É possível a mudança de polo da pessoa jurídica de direito público ou privado, que pode abster-se de contestar e também pode atuar ao lado do Autor. Essa inusual modificação do polo de uma ação demonstra a natureza de tutela de direitos difusos da ação popular.

Trâmite – O pedido na ação popular consiste na invalidade do ato ou omissão ou sua desconstituição, com a reparação dos prejuízos causados e eventual restituição de bens e valores. O Autor não paga custas ou honorários, salvo má-fé. O MP intervém obrigatoriamente como *custos legis* e, no abandono pelo Autor Popular, pode assumir o polo ativo. Cabe tutela antecipatória e ainda a propositura de ação popular preventiva. A sentença de improcedência ou de carência exige reexame necessário (art. 19 da Lei n. 4.717) e a coisa julgada é *secundum eventum litis,* ou seja, a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por falta ou deficiência de prova; nessa hipótese, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. O prazo de prescrição da ação popular é de cinco anos da conduta (art. 21 da Lei 4.717). Entendemos, contudo, que a Constituição, em seu art. 37, § 5º ("A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento"), impõe a imprescritibilidade da ação de reparação de danos ao Erário, o que impacta não só ações ordinárias, mas também a ação popular que venha exigir a reparação de danos. A imprescritibilidade da ação de reparação de danos ao Erário foi reconhecida pelo STF (MS 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-9-2008, Plenário, *DJE* de 10-10-2008).

Competência – A competência para o conhecimento de uma ação popular varia de acordo com o bem jurídico protegido: se for patrimônio da União, por exemplo, a competência será do juízo federal. Será, em geral, do juízo de 1º grau – federal ou estadual. Não há foro por prerrogativa de função, mesmo para o Presidente da República, para a ação popular. Excepcionalmente, pode uma ação popular ser julgada originalmente pelo STF no caso da alínea *n* do art. 102, I, da Constituição ("a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados").

Súmulas do STF:

• Súmula 101 – O mandado de segurança não substitui a ação popular.

• Súmula 365 – Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.

38.7. DIREITO DE PETIÇÃO

Conceito e origem – consiste no direito de se dirigir às autoridades competentes para que realizem determinadas condutas comissivas ou omissivas. É um termo geral aplicável a todas as chamadas "reclamações ou representações" encaminhadas aos órgãos públicos, para a defesa de interesse próprio ou coletivo. Inspira-se no *Petition of Right* de 1628, pelo qual o Parlamento britânico reconhecia uma série de limitações ao Poder Público. No caso do direito de petição, o indivíduo provoca a autoridade pública para que faça ou deixe de fazer algo. No Brasil, a primeira Constituição que o reconheceu foi a de 1824. A Constituição de 1988 o disciplina no art. 5º, XXXIV, *a*, que determina que se reconhece, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Objeto – O direito de petição tem como objeto a (i) defesa de direitos e o (ii) combate à ilegalidade e os abusos de poder, sem a necessidade do pagamento de taxa ou sem que haja outro requisito (por exemplo, ter advogado etc.). Trata-se da chamada *provocatio ad agendum*, pois o indivíduo provoca a autoridade e inclui em sua agenda o tema da petição, exigindo resposta positiva ou negativa. Pode ser exercido de forma individual ou coletiva, para proteger direito próprio ou de terceiro (inclusive direitos difusos ou coletivos). Sua utilidade está na atuação do indivíduo para exigir que a Administração Pública atue de modo eficiente e legítimo, preservando os direitos dos interessados.

Legitimidade ativa e passiva – A legitimidade ativa para exercer o direito de petição é de toda pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado. A legitimidade passiva é reservada aos entes ou órgãos públicos, e ainda às entidades privadas que exerçam função pública.

Trâmite – O trâmite do direito de petição pode ser regulamentado pelo ente público, porém não pode ser (i) obstaculizado ou gerar (ii) efeito negativo ao peticionante. Nesse sentido, decidiu o STF que a exigência de depósito recursal em processo administrativo é obstáculo inconstitucional ao direito de petição (Súmula Vinculante do STF n. 21 e Súmula 373 do STJ). A petição deve ser recebida e examinada em tempo razoável, devendo ainda o peticionante ser comunicado da decisão tomada pela autoridade a quem a petição foi dirigida. Não há direito de ver deferido o pleito.

Competência – Depende do objeto da petição: a análise da petição incumbirá à autoridade que tem atribuição de atender o pleito encaminhado.

38.8. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

> *Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*
>
> *III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;*

Como já vimos acima, a tutela dos direitos metaindividuais representa faceta material do

direito de acesso à justiça. Nessa linha, a Constituição consagrou a *ação civil pública* como ação apta a tutelar os direitos coletivos em sentido amplo (direitos difusos e coletivos em sentido estrito) e os direitos individuais homogêneos (*vide* Parte I, Capítulo III, item 2.5.5).

A Constituição outorgou a defesa judicial ou extrajudicial de tais direitos ao Ministério Público (CF, art. 129, III), às entidades associativas, sindicatos e partidos políticos (CF, arts. 5º, XXI, e 8º, III). A Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) tratam daquilo que a doutrina denomina "processo coletivo brasileiro", regrando a legitimidade (ver acima a legitimidade da Defensoria Pública), ônus da prova, efeitos da coisa julgada, execução, entre outros temas da tutela metaindividual.

Súmulas do STF e do STJ:

STF, Súmula 643 – O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares.

STJ, Súmula 329 – O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.

STJ, Súmula 470 – O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado.

STJ, Súmula 489 – Reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual.

Foi cancelada a Súmula 183 do STJ: "Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo".

39. Sistema Único de Saúde

O direito à saúde assegura a *promoção do bem-estar físico, mental e social* de um indivíduo, impondo ao Estado a oferta de serviços públicos a todos para prevenir ou eliminar doenças e outros gravames. O direito à saúde possui faceta individual e difusa, pois há o direito difuso de todos de viver em um ambiente sadio, sem o risco de epidemias ou outros malefícios à saúde. Por isso, determina a Constituição de 1988 que a saúde é *direito de todos e dever do Estado*, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao *acesso universal e igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 195).

No caso brasileiro, o art. 198 da CF/88 consagrou o Sistema Único de Saúde, que consiste em política pública de saúde, pela qual o Estado promove o direito à saúde de modo universal e igualitário em todo o território nacional. A utilização do termo "único" visa impor uma política nacional de saúde, superando as divergências entre os entes federados. Nesse sentido, Weichert alerta, em sua obra, que não pode um ente federado prestar ações de saúde fora do SUS[58].

De acordo com o art. 198 da CF/88, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos

serviços assistenciais; III – participação da comunidade.

Em resumo, a prestação do serviço de saúde no Brasil deve obedecer, então, aos seguintes princípios cardeais: (i) alcance universal, não podendo ninguém ser excluído; (ii) igualitária, não sendo permitida a discriminação de qualquer tipo, o que impede a diferenciação entre aqueles que podem pagar e os que não podem; (iii) integral, não podendo ter limite de atendimento que prejudique a saúde; (iv) equitativa, com investimentos em todos os campos necessários; (v) aberta à participação da comunidade; (vi) descentralizada para os Municípios; (vii) gratuita e em geral estatal; e (viii) colaborar com a preservação do meio ambiente e dos direitos dos trabalhadores. Ademais, o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Dispõe ainda a Constituição de 1988 que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, podendo as instituições privadas participar de *forma complementar* do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante *contrato de direito público ou convênio*, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

É vedada, todavia, a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, bem como é vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

39.1 JURISPRUDÊNCIA DO STF

> **Judicialização do direito à saúde.** “O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade” (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, Plenário, *DJ* de 24-11-2000).

40. Sistema Único de Assistência Social

O direito à assistência social consiste na faculdade de exigir do Estado prestação monetária ou serviço que *assegurem condições materiais mínimas de sobrevivência*, sem que seja exgido qualquer outra contraprestação por parte do beneficiado.

A *ausência de contraprestação* é característica da assistência social que a diferencia dos direitos previdenciários, complementando-o. Aliás, os direitos de seguridade social são compostos pelo tripé: direito à saúde, direito à previdência social e o direito à assistência social. O financiamento da assistência social é feito por toda a sociedade, mostrando sua natureza solidária.

A Constituição de 1988 estabelece os seguintes objetivos da assistência social: (i) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (ii) o amparo às crianças e adolescentes carentes; (iii) a promoção da integração ao mercado de trabalho; (iv) a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; (v) a garantia de um *salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência* e ao *idoso* que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A assistência social é um *direito indispensável* para que o Brasil cumpra seu objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º da CF/88). Atualmente, a Lei Orgânica da Assistência Social é a Lei n. 8.742, de 1993, com várias mudanças implementadas pela Lei n. 12.435, de 2011.

41. Direitos das pessoas com deficiência e das pessoas com transtornos mentais

41.1. DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas[59]. A “deficiência” significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social[60].

A deficiência é considerada um conceito *social* (e não médico) em evolução, resultante da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras geradas por *atitudes* e pelo *ambiente* que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Assim, fica evidente que a “deficiência está na sociedade, não nos atributos dos cidadãos que apresentem impedimentos físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais. Na medida em que as sociedades removam essas barreiras culturais, tecnológicas, físicas e atitudinais, as pessoas com impedimentos têm assegurada ou não a sua cidadania”[61].

A expressão “*pessoa portadora de deficiência*” corresponde àquela usada pela Constituição brasileira (art. 7º, XXXI; art. 23, II, art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV e V; art. 208, III; art. 227, §§ 1º, II, e 2º ; art. 244). Porém, o termo “portadora” é inadequado, pois indica ser possível deixar de ter a deficiência... .

Assim, a expressão utilizada pela Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência é “*pessoas com deficiência*”. Essa Convenção foi aprovada pelo Congresso

Nacional seguindo-se o rito especial do art. 5º, § 3º[62], e possui, consequentemente, estatuto normativo equivalente à *emenda constitucional*. Portanto, houve atualização constitucional da denominação para "pessoa com deficiência", que, a partir de 2009, passou a ser o termo utilizado.

A luta pela implementação dos direitos das pessoas com deficiência desembocou, nesse início de século, na fase da chamada "linguagem dos direitos". A luta pela afirmação dos direitos das pessoas com deficiência passou pelo reconhecimento de que sua situação de desigualdade e exclusão constitui verdadeira violação de direitos humanos, tendo sido superado o modelo médico da abordagem da situação das pessoas com deficiência. Esse modelo considerava a deficiência como um "defeito" que necessitava de tratamento ou cura. Quem deveria se adaptar à vida social eram as pessoas com deficiência, que deveriam ser "curadas". A atenção da sociedade e do Estado, então, voltavam-se ao reconhecimento dos problemas de integração da pessoa com deficiência para que esta desenvolvesse estratégias para minimizar os efeitos da deficiência em sua vida cotidiana.

Já o modelo de direitos humanos (ou modelo social) vê a pessoa com deficiência como *ser humano*, utilizando apenas o dado médico para definir suas necessidades. A principal característica deste modelo é sua abordagem de "gozo dos direitos sem discriminação". Fica consagrado o vetor de *antidiscriminação* das pessoas com deficiência, o que acarreta reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a *responsabilidade do Estado e da sociedade* na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano.

No Brasil, além dos tratados já mencionados nos capítulos acima, a Constituição de 1988 possui diversos dispositivos que tratam de pessoas com deficiência:

• É de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios "cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência" (art. 23, II).

• O art. 37, VIII, dispõe que "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão". No plano federal, a Lei n. 8.112 prevê até 20% da reserva de vagas (art. 5º, § 2º).

• O art. 7º, XXXI proíbe "qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência"

• O art. 203, V, estabelece a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

• No que tange à criança e adolescente com deficiência, o art. 227, II, determina a "criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos".

• O art. 227, § 2º, determina que a lei deve dispor sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

41.2. DIREITOS DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS

O caso *Damião Ximenes* (ver Parte II, Capítulo IV, item 13.3.11 sobre os casos brasileiros da Corte IDH) demonstrou a necessidade de promoção dos direitos das pessoas com transtornos mentais. Cabe ao Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família. Para tanto, foi editada a Lei n. 10.216/2001, que zela pelos direitos e atendimento das pessoas com transtornos mentais.

Esse atendimento deve ser prestado em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

A finalidade permanente de qualquer tratamento é a reinserção social do paciente em seu meio. Por isso, o tratamento ambulatorial tem preferência e a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. O regime de internação deve ser estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

Com isso, é vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais nos chamados “asilos”, que tradicionalmente no Brasil não asseguravam o tratamento integral nem os direitos das pessoas com transtornos mentais.

Por sua vez, ressaltamos que o tratamento das pessoas com transtornos mentais deve ser estritamente de acordo com os direitos humanos previstos na Constituição e nos tratados internacionais.

Assim, além de não poder incidir qualquer discriminação odiosa (quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra), são direitos específicos da pessoa portadora de transtorno mental:

a) ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde;

b) ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

c) ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

d) ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

e) ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

f) ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

g) receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

h) ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

i) ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Esse último direito (de tratamento em serviços comunitários) faz com que a internação psiquiátrica só possa ser realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. São os seguintes tipos de internação psiquiátrica estabelecidos na Lei n. 10.216/2001:

a) internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

b) internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro. A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta;

c) internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

O *término da internação voluntária* deve ser feito por (i) solicitação escrita do paciente ou por (ii) determinação do médico. O *término da internação involuntária* será feito por (i) solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo (ii) especialista responsável pelo tratamento.

41.3. DIREITOS DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

Em 27 de dezembro de 2012 foi finalmente instituída, pela Lei n. 12.764, a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista[63]. O termo leigo "autismo" é substituído pelo termo mais amplo "pessoa com transtorno do espectro autista", que permite visão mais abrangente do quadro, que abarca várias síndromes como a de *Asperger, Kanner, Heller ou ainda o Transtorno Invasivo do Desenvolvimento Sem Outra Especificação*.

A lei veio em boa hora para dar visibilidade a esse espectro que é mal compreendido pela maior parte dos chamados neurotípicos (e também a mídia), que usa de modo *pejorativo* e preconceituoso o termo "autista" para designar *situação de alienação negativa*. Serve a lei para promover a inclusão social da pessoa com transtorno do espectro autista, na linha de reconhecimento de *direitos*.

De acordo com a lei, a *pessoa com transtorno do espectro autista* é aquela portadora de *síndrome clínica* caracterizada da seguinte forma:

a) deficiência persistente e clinicamente significativa da *comunicação e da interação sociais*, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para *interação social*; ausência de *reciprocidade social*; falência em desenvolver e manter *relações apropriadas* ao seu nível de desenvolvimento;

b) *padrões restritivos e repetitivos de comportamentos*, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada *pessoa com deficiência*, para todos os efeitos legais.

São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista a vida digna, a integridade física

e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer, bem como a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração. Para tanto, ficam assegurados o direito de acesso a *ações e serviços de saúde*, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, e o o acesso à educação e ao ensino profissionalizante. Em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, terá direito a *acompanhante especializado*. Apesar de a lei ser silente, entendemos que o acompanhante especializado, por ser direito fruto da inclusão social, deve ser custeado pela mantenedora escolar (pública ou privada).

Por sua vez, a pessoa com transtorno do espectro autista não será impedida de participar de planos privados de assistência à saúde em razão de sua condição de pessoa com deficiência.

A pessoa com transtorno do espectro autista não será submetida a tratamento desumano ou degradante, nem será privada de sua liberdade ou do convívio familiar, bem como não sofrerá discriminação por motivo da deficiência.

Quanto às punições específicas, a lei determina que o gestor escolar (a lei não discrimina se gestor público ou particular), ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência, será punido com multa de 3 a 20 salários mínimos. Em caso de reincidência, apurada por processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, haverá a perda do cargo.

1 DIMITRI, Dimoulis. Vida (Direito à). In: DIMOULIS, Dimitri et al. (Orgs.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 397-399.

2 REY MARTÍNEZ, Fernando. *Eutanasia y derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

3 Este protocolo entrou em vigor em 11 de julho de 1991.

4 Este protocolo entrou em vigor em 1º de julho de 2003.

5 Corte Europeia de Direitos Humanos, Söering *vs*. Reino Unido, julgamento de 7 de julho de 1989, Série A 161.

6 Ver mais sobre o caso em ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional.* São Paulo: Saraiva, 2013.

7 Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral n. 18, de 1989, em especial parágrafo 7º. Ver mais sobre os comentários ou observações gerais em CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

8 ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 346-371.

9 ARISTÓTELES. *Política.* 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, em especial p. 97.

10 ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 346-371.

11 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3.

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

13 Obra indispensável na temática: IKAWA, Daniela. *Ações afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

14 Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6-6-1994 e ratificada pelo Brasil em 27-11-1995.

15 Sexo refere-se às características biológicas de um ser: homem ou mulher. Já *gênero* consiste no conjunto de aspectos sociais, culturais, políticos relacionados a *diferenças percebidas* entre os papéis masculinos e femininos em uma sociedade. Assim, o travesti e o transexual referem-se à identidade de gênero de uma determinada pessoa.

16 Lei n. 9.099: "Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas".

17 Em relação ao art. 33 (que prevê que varas comuns acumulem as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, enquanto não estiverem estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) não há inconstitucionalidade pela violação da competência dos Estados-membros. Também o art. 41 da lei é constitucional, não ofendendo o art. 98, I, da CF (que trata dos crimes de menor potencial ofensivo), pois o legislador pode considerar que os casos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher não são "crimes de menor potencial ofensivo". Nesse sentido, cabe lembrar que também os crimes afetos à Justiça Militar não estão sob a incidência da Lei n. 9.099/95 (art. 90-A da Lei n. 9.099/95, que reza "As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar").

18 Intervenção oral no julgamento da ADC 19/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-2-2012.

19 "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

20 Sobre o sistema europeu de direitos humanos, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

21 SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: *estudos de direito constitucional*, em especial "A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

22 BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2012.

23 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 53. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*.

24 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right of privacy. *Havard Law Review,* n. 5, p. 193-220, 1890.

25 No Brasil, ver COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só*: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

26 ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coords.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 283-319.

27 Corte Europeia de Direitos Humanos, Von Hannover *vs*. Germany, Application n. 59320/00, julgamento de 24-6-2004.

28 Ver o caso Lebach em MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

29 Nessa linha, defendendo o uso da tutela inibitória para proteger o direito à privacidade, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

30 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

31 Nesse sentido, MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 152-153.

32 No STF, há intensa discussão sobre a possibilidade de as autoridades fiscais, no exercício de suas atividades e autorizadas pelas LC n. 105, ordenarem a quebra do sigilo bancário. Por 6 x 4, na Ação Cautelar n. 33, o STF reconheceu essa possibilidade. Votaram a favor do poder da Receita Federal os Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ellen Gracie. Pouco tempo depois, no julgamento do RE 389.808, o Min. Joaquim Barbosa ausentou-se e o Min. Gilmar Mendes *mudou de posição* e o STF negou essa possibilidade (5 x 4, contra o Fisco), gerando insegurança jurídica evidente. Com a posse dos novos Ministros Luiz Fux (aposentadoria de Eros Grau) e da Min. Rosa Weber (aposentadoria de Ellen Gracie), espera-se que o tema seja, em breve, pacificado.

33 STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

34 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 164.

35 Ernesto Miranda foi preso por suspeita de autoria do crime de estupro. Após, foi levado para interrogatório e confessou, sem assistência de advogado. Condenado, recorreu à Suprema Corte americana, que anulou o julgamento pela violação ao direito de não ser obrigado a se autoincriminar. Em um novo julgamento, Miranda foi novamente condenado. Anos mais tarde, Miranda foi assassinado. *Ironicamente*, o suspeito de seu assassinato foi advertido sobre seus direitos, graças a *Miranda Rule*.

36 As advertências hoje feitas compõem a chamada *Miranda Rule*. No original: "You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a Court of law. You have the right to be speak to an attorney, and to have an

attorney present during any questioning. If you cannot afford a lawyer, one will be provided for you at government expense*"*.

37 Ver em *Miranda vs*. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

38 Redação anterior do art. 186: "Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa".

39 A recente Lei n. 10.792/2003 deu nova redação ao art. 186 do CPP, adequando-o ao processo penal de partes. O novo art. 186 estipula que: "Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa".

40 Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, MS, 0058947-33.2012.8.26.0000, Rel. Des. Guerrieri Rezende, julgado em 12-9-2012.

41 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: *tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

42 ABADE, Denise Neves. *Direito processual penal para concursos públicos federais*. No prelo.

43 Por todos, ver LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, em especial p. 850-853.

44 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

45 FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 49.

46 Por todos, ver GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

47 O referido autor critica fortemente a dosimetria da pena (reclusão, 1 a 3 anos, comparando-a com a de homicídio culposo – detenção, 1 a 3 anos). JESUS, Damásio de. *Código Penal anotado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 520.

48 Ver a indispensável obra de ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais e cooperação jurídica internacional*: extradição, assistência jurídica, execução da pena e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013.

49 Por todos, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

50 A favor da limitação dos poderes instrutórios penais do juiz, fundada no princípio acusatório e da presunção da inocência, afastando a aplicação da "verdade real" em um processo penal de partes, ver, por todos, ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório*: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

51 Contra, defendendo os poderes instrutórios de ofício ilimitados do juiz criminal, mesmo em desfavor da Defesa, ver, por todos, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

52 Sobre litígio estratégico de direitos humanos, ver CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos.* Belo Horizonte: Fórum, 2012. VIEIRA, Oscar Vilhena; ALMEIDA, Eloísa Machado de. Advocacia estratégica em direitos humanos: a experiência da Conectas. *Revista Internacional de Direitos Humanos,* v. 8, n. 15, p. 187 e s., dez. 2011.

53 CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos em juízo*: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

54 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1050.

55 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1053.

56 Por todos, ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais* (atualizado por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes). 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

57 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

58 WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

59 Art. 1º da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

60 Art. 1º, 1, da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, incorporada internamente pelo Decreto n. 3.956/2001. Ver ainda a *Standard Rules* em Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência da ONU (Resolução AG.48/96, de 20-12-1993).

61 Ver em FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e seu Conceito Revolucionário de Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/Artigos/Onu_Ricardo_Fonseca.php>. Acesso em: 26 dez. 2008.

62 Art. 5º, § 3º: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais" (Incluído pela EC n. 45, de 2004).

63 No Brasil, ver a luta da sociedade civil pela promoção da dignidade das pessoas com *transtorno do espectro autista* em

<http://www.autismoerealidade.org/>.

ANEXO – ESTÁGIO DE RATIFICAÇÃO DOS TRATADOS ONUSIANOS

TRATADO	QUANTIDADE DE PAÍSES QUE RATIFICARAM OU ADERIRAM	RATIFICAÇÃO/ADESÃO DO BRASIL	DATA DE RATIFICAÇÃO/ADESÃO DO BRASIL
Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio	142	x	15-4-1952
Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	175	X	27-3-1968
Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	160	X	24-1-1992
Protocolo Facultativo ao Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	8	–	–

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos	167	X	24-1-1992
Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	114	X	25-9-2009
Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos para Abolição da Pena de Morte	75	X	25-9-2009
Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	187	X	1º-2-1984
Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	104	X	28-6-2002
Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes	153	X	28-9-1989
Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes	65	X	12-1-2007
Convenção sobre os Direitos das Crianças	193	X	24-9-1990
Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados	150	X	27-1-2004

Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo ao Tráfico, Prostituição e Pornografia Infantis	162	X	27-1-2004
Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo aos Procedimentos de Comunicação	2	–	–
Acordo Constitutivo do Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas da América Latina e do Caribe	23	X	17-6-1998
Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências *(aprovado internamente pelo rito especial do art. 5º, § 3º)*	127	X	17-6-1998
Protocolo Facultativo sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (*aprovado internamente pelo rito especial do art. 5º, § 3º*)	76	X	1º-8-2008
Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado	127	X	1º-8-2008
Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias	46	–	–
Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de *Apartheid*	108	–	–
Convenção Internacional contra o *Apartheid* nos Esportes	60	–	–
Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade	54	–	–

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional.* São Paulo: Saraiva, 2013.

________. *Garantias do processo penal acusatório*: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

________. *Direito processual penal para concursos públicos federais*. No prelo.

AGRA, Walber de Moura. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça constitucional*: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217: I-VI, p. 67-79, jul./set. 1999.

________. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Relações internacionais e temas sociais*: a década das conferências. Brasília: IBRI, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Introdução, tradução e notas de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

________. *Política.* 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

________. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 151-179, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (Coord.). *Direito constitucional*: *estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: LTr, 2001.

________. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová.

Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2012.

________. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

________; MATEUCCI, Nicola: PASQUINO, Gianfranco (Coords.). *Dicionário de política.* Trad. João Ferreira. 4. ed. Brasília: Unb, 1992. v. 1 e 2.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

________. *Curso de direito constitucional.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

________. *Curso de direito constitucional.* 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional de direitos humanos.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1999. v. II.

________. A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça,* 182, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

________. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

________. *Direitos humanos na integração econômica.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

________. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

________. *Processo internacional de direitos humanos.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

________. *Direitos humanos em juízo*: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CAZETTA, Ubiratan. *Direitos humanos e federalismo*: o incidente de deslocamento de competência. São Paulo: Atlas, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

________. Fundamentos dos direitos humanos. *Revista Consulex,* v. 48, p. 43, dez. 2000.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só*: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

________ et al. (Orgs.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva,

2007. v. 1.

FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Challenges for human rights.* Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os direitos humanos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

________. *Comentários à Constituição brasileira.*

FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Último acesso em: 7 dez. 2011.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e seu Conceito Revolucionário de Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/Artigos/Onu_Ricardo_Fonseca.php>. Acesso em: 26 dez. 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GORCZEVSKI, Clóvis. *Direitos humanos dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo. Malheiros, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

________. *Pluralismo y Constitución*: estudios de la Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito.* 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1994.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

IKAWA, Daniela. *Ações afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ISHAY, Micheline. *Direitos humanos*: uma antologia. Principais escritos políticos, ensaios, discursos e documentos desde a Bíblia até o presente. Trad. Fábio Joly. São Paulo: EDUSP, 2006.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado.* Trad. da 2ª ed. alemã por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970.

JESUS, Damásio de. *Código Penal anotado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1795). Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

________. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril, v., XXV, 1974 (Col. Os Pensadores).

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

________. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. In: *Estudos Avançados* 11 (30), 1997.

LEMKIN, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation – Analysis of Government – Proposals for Redress*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

________. *Direito constitucional esquematizado.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil (1689). Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

MARITAIN, Jacques. *Les droits de l'homme et la loi naturel*. Paris: Paul Hartmann Éditeur, 1947.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.* Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais* (atualizado por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes). 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso A. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 21 set. 2011.

________. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

________; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

________; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

________. *Direitos humanos fundamentais.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaïm. É possível fundamentar os direitos do homem. In: *Ética e o Direito.* Trad. Maria Ermentina G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2001.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

________. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REY MARTÍNEZ, Fernando. *Eutanasia y derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: *Princípios processuais civis na Constituição*. Coord. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

________. Direitos fundamentais e suas características, *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política,* n. 29, out./dez. 1999.

________. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 346-371.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social.* Trad. Mário Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001.

________. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC,* São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004.

________. Direitos fundamentais, reforma do Judiciário e tratados internacionais de direitos

humanos. In: CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo W.; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (orgs). *Direitos Humanos e Democracia.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

________. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

________. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20Daniel Sarmento2.pdf>.

________. *A ponderação de interesses na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

________. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1989.

________. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

________. *Comentário contextual à Constituição.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, p. 23-51, 2006.

________. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

________. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010.

________. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Vírgilio Afonso da (Org). *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*: Constituição, cidadania, violência: a Lei n. 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUESS, Paulo (Org.). *A conquista espiritual da América espanhola*. Petrópolis: Vozes, 1992.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

VASAK, Karel. "For the Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity", Inaugural lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July 1979. In: VASAK, K. (ed). *The international dimension of human rights.* Paris: Unesco, 1982. v. I e II.

VIEIRA, Oscar Vilhena; ALMEIDA, Eloísa Machado de. Advocacia estratégica em direitos humanos: a experiência da Conectas. *Revista Internacional de Direitos Humanos,* v. 8, n. 15, p. 187 e s., dez. 2011.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 1983. Reimp. 1987.

VILLEY, Michel. *Direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right of privacy. *Havard Law Review,* n. 5, p. 193-220, 1890.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos.* São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.

________. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.